IL MANDATO ESPRESSO

E LA SUA

TRADIZIONE GIURIDICA

STORIA E VICENDE

DI UNA

ELEGANTE QUISTIONE DI DIRITTO

per l'Avvocato

ERNESTO CICCOTTI

TORINO
UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE
33, Via Carlo Alberto, 33
1888

IL MANDATO ESPRESSO

E LA SUA

TRADIZIONE GIURIDICA

IL MANDATO ESPRESSO

E LA SUA

TRADIZIONE GIURIDICA

STORIA E VICENDE

DI UNA

ELEGANTE QUISTIONE DI DIRITTO

per l'Avvocato

ERNESTO CICCOTTI

TORINO
UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE
33, Via Carlo Alberto, 33
1888

Estratto dalla Giurisprudenza Italiana

§ I.

Narrazione del caso giuridico.
Esposizione delle varie decisioni ed opinioni.

Una persona di avanzata età, *fidata nella integrità ed affezione del genero*, aveva nominato mediante atto pubblico il genero suo vicario generale con la clausola espressa dell'*alter ego* all'oggetto di essere rappresentato non solo negli affari familiari ma, in tutte le occorrenze.

Con l'ampia procura rilasciata al mandatario generale autorizzavasi esso mandatario a sorpassare i confini dell'ordinaria amministrazione, consentendoglisi l'esercizio di facoltà dipendenti dal dominio, specificatamente enumerate con espressa manifestazione di volontà nell'atto autentico di procura generale.

Di vero, in grazia della procura rimessagli il mandatario veniva autorizzato non solamente ad amministrare i beni ed a migliorarli, ad esigere e pagare estagli, pigioni, interessi, capitali ed a rilasciare quietanze, ma eziandio a prendere del denaro a mutuo sottoponendo ad ipoteca i beni, a dare i beni in anticresi, venderli col patto di ricompra od obbligarli in ogni altro modo; a fare e redimere enfiteusi, a comprare o vendere qualsiasi cespite di spettanza del mandante, a permutare, a fare società ed ogni altro contratto tanto a titolo

oneroso che di beneficenza; ad istituire e promuovere, rappresentando il mandante con i poteri più estesi, giudizi sì in linea penale che civile, transigendo qualsiasi vertenza, nominando arbitri, sostituendo a sè stesso difensori, avvocati e procuratori forniti delle facoltà medesime a lui concesse ovvero di poteri più limitati; infine *ad accettare e fare donazioni*, accettare e ripulsare legati ed eredità con inventario o senza, a fare divisioni di eredità, a rappresentare il mandante nelle assemblee di famiglia, ad abilitare la moglie per tutti gli atti e contratti richiedenti l'autorizzazione maritale.

Durante la vita del mandante, e precisamente tre anni dopo il conferimento *con atto in minuta* del vicariato surriferito, il mandatario generale fece di una parte dei beni del mandante donazione a vantaggio degli eredi legittimi tutti (figli e nipoti) che il mandante aveva in quel torno di tempo. Nell'atto pubblico di stipula della donazione il mandatario dichiarava formalmente ristrignersi la liberalità alla metà del patrimonio del mandante a favore del quale, per assicurargli ogni comodità ed agiatezza del vivere nella quasi decrepita età di ottantadue anni, si riservava altresì l'usufrutto dei beni donati. Attestava inoltre il mandatario con apposita dichiarazione inserita nell'atto che egli, autorizzato dalla clausola speciale testualmente riferita nella procura, eseguiva la liberalità per uniformarsi alla volontà, manifestatagli dal mandante, di assicurare ai figli del legittimo matrimonio la porzione disponibile del patrimonio. Era morta la prima moglie del mandante, il quale a malgrado dell'età avanzatissima si vedeva trascinato dall'amicizia di una donna, anch'essa di età matura, a nozze senili le quali, siccome il mandante aveva preveduto, ebbero fatalmente luogo in appresso con seguito di prole in breve intervallo di tempo. Morto quindi il vegliardo senza disposizioni testamentarie e senza veruna rivocazione del vicariato generale, conferito parecchi anni innanzi al genero che tuttora ne aveva l'esercizio, la vedova superstite, nell'interesse suo particolare ed in quello

dei figli minori, promosse giudizio di divisione, opponendo ai donatari figli del primo letto la nullità della liberalità da essi stipulata con il mandatario generale del coniuge defunto (1).

Il Tribunale di Lagonegro, alla cognizione del quale fu portato in prima sede di giudizio l'esame circa la giuridica validità della donazione succitata, ne dichiarò con sentenza del 9 dicembre 1885 (2) la nullità che si fece dipendere dalla natura della donazione; mero atto di liberalità inscindibile da certi rapporti intimi, personali e diretti che avvincono il donatario al donante, in ragione diretta del merito dell'uno e della liberalità dell'altro, guidando alla necessaria indicazione nel mandato dei punti determinativi della persona da beneficarsi, del quantitativo e della qualità della beneficenza senza dei quali una donazione si rende impresumibile. La Corte di appello di Potenza, confermando la sentenza impugnata del Tribunale sullodato, guardò più da presso la legge positiva ed in essa raccolse, secondo il suo particolare giudizio, prove ed argomenti per giustificare la necessità di un mandato speciale all'oggetto della donazione. Infatti la Corte di Potenza nella sentenza (3) 12 aprile 1886 (4) invoca l'art. 1050 del Codice civile italiano che definisce la donazione atto di spontanea liberalità e ricerca per conseguenza nel dono le ragioni personali del donante; l'art. 1737 del Codice civile che comprende nel mandato, costituendone la causa, un interesse del mandante il quale non si palesa punto nel mandato *espresso* a fare donazioni conferito al mandatario generale, da cui altrimenti sarebbe il mandante sostituito nella causa della liberalità con mancanza nell'atto di donazione del sog-

(1) Cfr. per le minute particolarità della controversia e per la discussione giuridica di essa nei molteplici gradi di giurisdizione gli scritti e le memorie di causa del senatore Arcieri, del dep. Plastino, del prof. Gianturco e degli avvocati Francesco Plastino, Vincenzo Barletta, Francesco Dagosto, Giuseppe De Cesare, Gerardo De Pilato, Ernesto Ciccotti, Nicola De Ruggieri e Vincenzo Simoncelli.

(2) Inedita. Minetti *Estensore*.

(3) *Giurisp. Ital.*, 1887, vol. XXXIX, parte II, col. 155 e segg.

(4) Errico Giliberti *Est.*

getto destinato a compierla, ossia con difetto sostanziale del consenso da parte del donante; infine essa invoca gli articoli 1746 e 1747 del Codice civile, concernenti il rendiconto della gestione del mandatario ed il grado della responsabilità di lui, per respingere nella fattispecie l'applicazione dell'articolo 1741 alinea del Codice civile capace a regolare senza ambiguità tutti gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, ma certamente disadatto a racchiudere, in presenza degli elementi sostanziali della donazione e delle nozioni costitutive di essa, il concetto giuridico della donazione. La Corte di cassazione di Napoli, udite le conclusioni del Pubblico Ministero (Campus - Campus Antonio) favorevoli all'accoglimento del ricorso, annullò con decisione (1) del 10 gennaio 1887 (2) la sentenza della Corte di merito, mantenendo anche a riguardo della donazione l'efficacia del mandato espresso, regolato dall'articolo 1741 alinea del Cod. civ. ital. Il capoverso dell'art. 1741 non ammette una distinzione tra gli atti a titolo oneroso la quale, a giudizio dell'eminente Collegio, è ripudiata apertamente dalla lettera e dallo spirito della disposizione legislativa. La voce *alienare* nel suo significato legale si estende anche a quella meno generica di donare, e d'altra parte alle persone capaci non è tolto nel vigente sistema legislativo il diritto di disporre liberamente del proprio patrimonio in tutti i casi che il legislatore ha voluto abbandonare al cauto reggimento dei privati. Perciò, anche per rapporto alla donazione, il mandato espresso, ossia la manifestazione, non equivoca di volontà quale dalla legge è unicamente richiesta, si deve reputare di per sè stesso bastevole senza uopo di speciali indicazioni di persona, di oggetto, ecc. che non si mettono punto in campo per gli altri atti di dominio. Il legislatore italiano ha dato il favor suo ai principii di libertà, ai nuovi tempi confacenti, nell'esercizio dei diritti patrimoniali, nelle alie-

---

(1) *Giurisp. Ital.*, 1887, XXXIX, I, 1, 141 e segg., 182.
(2) Leopoldo De Luca *Est.*

nazioni patrimoniali eziandio a titolo gratuito; in conseguenza il diritto di donare si trasmette anch'esso o si delega senza potersi introdurre nel sistema legislativo limitazioni o specialità di forma, da aggiungersi a quella reputata sufficiente ai fini della legge.

La Corte di appello di Napoli in grado di rinvio ha preferito dipartirsi dall'insegnamento prudente della Corte regolatrice napoletana, che viene suffragata da considerazioni giuridiche di ordine elevato, desunte dal testo della legge positiva, dallo spirito informatore della legislazione civile italiana ed alla fine dagli stessi principii universali di diritto.

Con sentenza (1) del 27 giugno 1887 (2) la Corte di rinvio ha richiamato a vita novella, sotto l'egida di una teorica considerabilmente innovata, la massima ritenuta dalla Corte potentina ed annullata dalla Corte di cassazione napoletana.

Diamo un cenno sommario della teorica adottata dalla Corte di rinvio giusta i termini seguenti.

Il legislatore, nel titolo in cui regola l'istituto giuridico, non si occupa dei casi nei quali non sia lecito valersi del mandato o di quelli in cui il mandato, anzichè generale, debba essere più o meno speciale. L'indagine sulla forma del mandato si è in tal modo lasciata, in applicazione dei principii universali di diritto, agl'interpreti. Per quanto concerne la donazione, l'art. 1050 del Codice civile italiano ne determina la natura, definendola un atto di spontanea liberalità. La spontaneità volitiva dell'animo, secondo l'ultima evoluzione metafisica, è la volontà nella sua sorgente immediata e diretta; per questo l'unico modo di mantenere al donante la spontaneità della donazione è il mandato speciale per negozio singolo. Se il mandatario avesse facoltà di scegliere a suo talento il donatario, l'atto volitivo dell'avvenuta liberalità non sarebbe immediata e diretta determinazione dell'animo del donante (man-

---

(1) *Giurisp. Ital.*, 1887, XXXIX, II, 578 e seguenti.
(2) Rocco Lauria *Est.*

dante), ma atto volitivo del mandatario; non sarebbe conservata integra al donante l'iniziativa spontanea della liberalità senza lasciare in modo veruno adito all'ingerenza del mandatario nell'atto volitivo del dono. Non è concepibile una donazione a persona incerta, laddove la liberalità per sua natura non può avvenire che in considerazione della persona del donatario, di un subbietto a cui si riferisca la largizione; essendo la causa giuridica della donazione riposta in una benevolenza, inspirata dalle qualità delle persone a gratificarsi dal donante nel momento in cui si conferisce il mandato a donare.

Nel Codice napoletano e nel Codice italiano, con intendimenti più o meno larghi, si è sottoposta la donazione a forme autentiche mercè dell'opera di notaio. Ora il notaio potrebbe tutelare la libertà del mandatario, non quella del mandante. Se è vero che il diritto di donare non possa avere, riguardato siccome diritto patrimoniale, una limitazione non espressamente sancita, occorre per altro considerare che la limitazione posta, in ordine alla forma, dall'interprete non tocca il diritto nella sua natura patrimoniale la quale rimane identica in quanto alla trasmissibilità; tocca invece l'esercizio del diritto in conformità dei suoi elementi sostanziali. È da porre mente, circa l'art. 1741 del Codice civile italiano, alla storia della legislazione la quale rivela, che la distinzione tra mandati generali e speciali e la determinazione dei loro effetti s'introdussero nei Codici odierni per togliere le dispute sottili dei dottori e scrittori antichi intorno all'estensione del mandato *ad administrandum* e di quello *ad alienandum:* dal dettato dell'art. 1741 che prescrive, per alienare a titolo oneroso o gratuito, il mandato espresso non seguita necessariamente che il mandato debba concepirsi in termini generici od in termini specificati. Indarno poi si ricorre all'accettazione delle liberalità (art. 1058 del Codice civile); l'accettare doni non è un danno da doversi temere. Dovendo essere evidentemente speciale il mandato a donare, il legislatore mirò ad escludere siffatta interpretazione per i mandati ad

accettare. In fine anche l'esame delle legislazioni straniere convalida la teorica preferita, siccome quella che la coscienza giuridica internazionale accetta.

La Corte di rinvio nella guisa di sopra accennata si avvicina alla dottrina ed ai principii, insegnati dagli insigni professori e reputati giureconsulti Ricci, Riccardo Jannuzzi, Scialoia e Gianturco in opposizione alla massima stabilita dalla Corte regolatrice napoletana. È vero, così ad un di presso aveva il Ricci significato il suo convincimento (1), che l'art. 1741 del Codice civile esige solo il mandato espresso, che può anche essere generale, e non già il mandato speciale, per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, ma è pur vero che le disposizioni della legge relative ai contratti non sono quelle che regolano le donazioni, delle quali il legislatore si occupa in un titolo separato. Pertanto gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, ai quali si riferisce l'art. 1741 alinea del Codice civile, sono gli atti a titolo oneroso che la legge considera e disciplina come contratti. Gli atti di liberalità hanno norme proprie. A differenza dei contratti che si concludono nel proprio interesse, gli atti di donazione si compiono nell'interesse del donatario, non in quello del donante. Ora ciò che convenga agli interessi del mandante può ben comprendere il mandatario e sapervi provvedere opportunamente in forza del mandato generale espresso ricevuto, ma eccederebbe evidentemente esso mandatario i limiti del mandato se si facesse di sua iniziativa a provvedere agli interessi di un terzo, quale è il donatario, senza avere all'uopo ricevuto uno speciale incarico. D'altronde la donazione è definita nell'art. 1050 del Codice civile atto di *spontanea* liberalità; il che vuol dire che non solo la determinazione di donare deve muovere dal donante, ma che la persona del donatario deve essere designata dal donante, il quale indicherà altresì i beni che intenda fare pervenire al donatario. Supposto valido un mandato

(1) Nota alla sentenza della Corte d'appello di Potenza, inserita nella *Giurisp. Ital.*, 1887, XXXIX, II, 155 e segg.

generico a qualsiasi donazione, potrebbe ritenersi atto di spontanea liberalità da parte del donante la donazione fatta dal mandatario che di suo arbitrio sceglie il donatario e di suo arbitrio gli trasferisce determinati beni? È d'uopo dunque ritenere, che l'indole stessa della donazione si oppone a che essa possa aver vita in forza di mandato generale conferito dal donante.

Dal canto suo il prof. Jannuzzi aveva giudicato (1) la massima stabilita dalla Corte di cassazione di Napoli non conforme a taluni inconcussi principii di ragione giuridica. Di vero, quando una donazione si compie non dal donante direttamente, ma per mezzo di mandatario, non si può negare, che quest'ultimo agisca in nome del mandante di maniera che la volontà di compiere la liberalità debba precisamente risiedere nell'animo del mandante e non già in quello del mandatario, essendo la voce di questi solo un'eco di quella del primo. Un mandatario, munito di una procura che contenga solamente la facoltà di donare *in genere* senza la determinazione fatta dal donante della persona da lui prediletta, non potrebbe mai da sè scrutare l'intimo affetto del donante per determinare quindi la persona del donatario. Se torna possibile al mandatario nei contratti a titolo oneroso, dove poco importa al mandante la designazione individuale dell'altro contraente finchè il corrispettivo ricevuto, e che forma la causa del contratto a titolo oneroso, gli procuri adeguato vantaggio, di rappresentare il mandante senza determinazione nella procura della persona con cui si debba contrattare, ciò dipende dall'equivalente che, obbietto e causa vivificatrice del contratto oneroso, cade sotto l'esame del mandatario; ma non può dirsi lo stesso del contratto di donazione in cui l'*animus donandi* rivolto *a beneficio di una data persona*, non *in genere*, è soltanto capace di dar vita alla donazione.

---

(1) Nota alla sentenza della Corte di cassaz. di Napoli, inserita nella *Giurisp. Ital.*, 1887, XXXIX, I, 1, 141 e seg., 182.

Se dunque ciò che dà vita alla liberalità è l'*animus donandi* ad una determinata persona, se siffatto volere rimane occulto per il mandatario, questi potrebbe solo dissipare l'oggetto da donarsi ovvero fare una donazione *per proprio conto e nel proprio nome*, ma giammai la donazione si compirebbe *per conto ed in nome del mandante*. I più estesi poteri, il più ampio *alter ego* conferito dal mandante al mandatario non renderebbero mai possibile *una donazione del mandante*. Non rinvenendosi nel Codice italiano alcun articolo con cui s'imponga al donante (nel caso di una donazione per mandato), di conferire un mandato particolare determinante la persona del donatario, non si volle certo con questa omissione lasciare una straordinaria libertà nell'esercizio dei diritti patrimoniali. Invero gli atti d'impossibile esecuzione non preoccupano il legislatore, il quale può solo permettere od autorizzare l'esecuzione di un mandato giuridicamente possibile. Quanto alle intenzioni del donante è indubitato che debbano risultare dal mandato stesso, non bastando che il mandatario dichiari nell'atto di donazione, di adempiere mercè del compimento di essa la volontà manifestatagli a voce dal donante. Neppure osta l'articolo 1058 del Codice civile italiano, secondo il quale la donazione può essere accettata dal mandatario cui sia permessa la facoltà in generale di accettare donazioni; giacchè altro è donare, altro è accettare donazioni. Il Pothier scrisse al proposito: che, secondo l'antico diritto, un minore il quale aveva passata l'età dell'infanzia e cominciava ad avere l'uso della ragione poteva da solo e senza l'autorità di alcun'altra persona accettare la donazione che gli era fatta; che ciò era una conseguenza delle regole di diritto, le quali stabilivano che un pupillo non poteva senza l'autorità del suo tutore obbligarsi o disporre dei suoi beni, ma che non ne aveva bisogno per rendere migliore la sua condizione (L. 28, Dig. *de pactis;* L. 141, Dig. *de verborum obligationibus*).

Con determinazione più diretta, e per conseguenza con maggiori particolarità, avevano disaminato l'argo-

mento controverso i professori Scialoja (1) e Gianturco (2), passando dottamente in rassegna il diritto romano, il diritto francese e degli Stati italiani preesistente alla unificazione legislativa e perfino il diritto comparato per soffermarsi quindi alla legge positiva italiana vigente.

Nel diritto romano il professore Scialoja non trova, a malgrado di una diligente ricerca, alcun testo che in modo decisivo possa contrastare all'opinione preferita dalla Corte di cassazione di Napoli. Nella L. 10, C. *de don.*, 8, 53 (54) e nella L. 49, Dig. *de proc.* 3, 3, egli rinviene dei detti proverbiali (*nec ignorans nec invitus quisque donat — ignorantis domini condictio deterior per procuratorem fieri non debet*) contrari alla massima della Corte regolatrice, ma non gli pare di potere appoggiarsi troppo ad essi, essendo enunciati in rapporto a casi affatto diversi da quello in esame.

Nega l'insigne professore l'influenza, sulla questione, del frammento di diritto romano da noi ricordato sotto un aspetto di analogia, anzi che della identità impossibile a verificarsi, non essendo nella L. 7, Dig. *de donat.* 39, 5, parola del mandato, ma del peculio del figlio di famiglia. Il prof. Scialoja toglie di mezzo il testo surriferito con la seguente osservazione. La natura affatto speciale del peculio romano, il quale deve considerarsi come un patrimonio di fatto appartenente al figlio di famiglia (od allo schiavo) sebbene per diritto ne fosse proprietario il padre, doveva far sì che l'amministrazione di esso non fosse soggetta alle stesse regole dell'amministrazione tenuta da un procuratore, e specialmente doveva render possibile che il figlio di famiglia facesse una donazione in proprio nome e con propria volontà. Del resto è noto (come ci attestano anche relativamente ai *servi* parecchi frammenti romani), che per regola generale nella stessa amministrazione del pe-

(1) Nota alla sentenza della Corte di cass. di Napoli, inserita nel *Foro Ital.*, 1887, fasc. XI, col. 525 e segg.

(2) Nota alla sentenza della Corte d'appello di Napoli, inserita nella *Giurisp. Ital.*, 1887, XXXIX, II, 578 e segg.

culio non era compresa la facoltà di donare. Lascia in disparte il prof. Scialoja i testi che trattano dell'accettazione della donazione per citare solo le leggi che più o meno si potrebbero riferire all'argomento del mandato a donare. Queste leggi sono: L. 2, § 6, Dig. *de don.* 39, 5; L. 4 *eod.;* L. 9, § 2 *eod.;* L. 10 *eod.;* L. 19, § 3 *eod.*; L. 25 *eod.;* L. 3, § 13 *de don. int. v. et ux.* 24, 1; L. 4 *eod.;* L. 5 pr. *eod.;* L. 11, § 7-8 *eod.;* L. 49 *eod.;* L. 55 *eod.;* L. 165 *de reg. jur.* 50, 17; L. 8, Cod. *de O. et A.* 4, 10; L. 14 Cod. *de don.* 8, 53 (54); L. 20 *eod.*; L. 31, § 1 *eod.* Si trasanda dal prof. Scialoja, siccome inopportuna, la menzione dei testi nei quali si ammette l'intervento di terzi nella donazione sotto altro riguardo, come per esempio nella donazione compiuta ordinando ad un proprio debitore di dare ad altri, cui vogliamo donarla, la cosa a noi dovuta.

Dei testi innanzi citati ben pochi hanno per il professore Scialoja qualche importanza. Alcuni di essi si riferiscono all'adempimento di formalità; le L. 20 e 31, § 1, Cod. *de don.* ammettono, ciò che era permesso persino nei testamenti, che il donante possa far sottoscrivere da altri in vece sua l'atto di donazione. Anche l'insinuazione delle donazioni si riconosce che possa farsi per procuratore. Ma ciò non ha nulla di comune con la determinazione della volontà di donare, nè con l'ulteriore compimento della donazione. Per mezzo di terzi poteva farsi la tradizione nella donazione perfezionata con la *datio* giusta le L. 2, § 6, 10, 25, Dig. *de don.*, L. 5 pr. *de don. int. v. et ux.*, L. 8, Cod. *de O. et A.*, ma la volontà di donare e di fare ottenere la proprietà della cosa al donatario era necessaria nella persona del vero donatore mandante; anzi si può aggiungere che tornava indifferente se il terzo, il quale doveva eseguire la tradizione, sapesse oppur no che questa doveva farsi per causa di donazione. La L. 25, dove Giavoleno contempla il caso del donatore che aveva consegnata ad un mandatario una cosa da darsi in donazione a Tizio in nome di esso donatore, meriterebbe forse uno studio più largo ed un confronto con altre leggi analoghe. Avevasi dunque nell'ipotesi della legge

precitata veramente un mandato a donare, ma specialissimo con la determinazione della cosa e della persona del donatario, sicchè la volontà di donare esisteva veramente e precisamente nell'animo del vero donatore il quale l'aveva espressa al mandatario. Non vi ha la minima traccia di una volontà di donare, che si debba generare nell'animo del mandatario per valere poi come volontà del mandante. Qualche possibile dubbio nella interpretazione delle parole della legge *Si tibi dederim rem ut Titio meo nomine donares* è chiarito appresso dalle parole " *quantum ad juris subtilitatem accipientis facta non est etc.* „. Giova qui ricordare anche la Legge 11, § 7 *de don. int. v. et ux.* e lontanamente la L. 49 *eod.;* parimenti la L. 19, § 3, Dig. *de don.* dove si figura un caso analogo (che il donatore abbia dato mandato al proprietario di una cosa di darla Tizio) in cui il mandato è specialissimo, rimanendo l'*animus donandi* sempre nel donatore, e le Leggi 3, § 13 e 4, Dig. *de don. i. v. et ux.* e 56, Dig. *eod.* concernenti il caso, non diverso, in cui la persona, alla quale altri vuol fare una donazione, faccia dare la cosa dal donatore ad un terzo cui essa voglia donarla. Controversa da un pezzo è l'interpretazione della L. 9, § 2, Dig. *de don.*, della quale i libri di diritto greco-romano danno tre differenti versioni. Nei *Basilici* il caso della donazione fatta dall'estraneo è assolutamente fuso con quello del figlio; nel *Prochiron* invece è distinto in una proposizione indipendente, ma in tutti i testi greci si ammette che debba considerarsi come donatore colui che dà il suo consenso ad una donazione di cosa sua, fatta da un terzo in proprio nome. La *Glossa* invece, dopo avere interpretato la voce *voluntate* con le parole *mandante vel ratum habente*, nell'annotare (*nomine tuo*) la proposizione relativa alla donazione fatta dall'estraneo, dicendo *hic tamen duae donationes sunt: superiori casu una*, ritiene che il proprietario della cosa la doni all'estraneo e questi poi al terzo. All'opinione della *Glossa* si accosta il Savigny; all'antica interpretazione dei greci, la quale pare meglio si adatti all'unità del pensiero che dovrebbe essere espresso nel

testo, si avvicina lo Schilling. Ma la cosa è veramente dubbia e potrebbe anche ritenersi con la guida del § 3 della legge e del principio dello stesso § 2, che in esso non si riguardassero (non potendo certamente Pomponio avere in mente alcuni effetti, la revoca per ingratitudine, ad esempio, che solo più tardi acquistarono importanza) tutti gli effetti della donazione, invece soltanto il passaggio della proprietà al donatario. Ciò posto, accanto al passaggio di proprietà dal padre o dal terzo consenziente al donatario Tizio potrebbe ancora trovar luogo un duplice rapporto, tra il proprietario consenziente e colui che dona *suo nomine* e tra quest'ultimo ed il donatario Tizio. In ogni modo, qualunque opinione si abbracci a questo riguardo, la quistione che forma l'oggetto principale della ricerca non ne rimane nè oscurata, nè rischiarata; nella Legge 9, § 2 *de don.* non si tratta minimamente di un mandato generale a donare, comunque si voglia figurare il rapporto. Lo stesso può dirsi della Legge 14, Cod. *de don.* la quale del resto, trattando di un caso in cui il proprietario non ha consentito alla donazione, si palesa assai meno importante della L. 9, § 2, Dig. *de don.* e perviene ad un risultato negativo. Anche la L. 165, Dig. *de R. j.* I, 50, 17, di cui il senso diretto è puramente negativo, si deve mettere fuori della discussione dell'argomento in esame. Nessun argomento *a contrario* potrebbe autorizzare ad estendere la portata della legge fino ad ammettere che un consenso valido fosse contenuto in un mandato generale, senza dire che le parole di Ulpiano riferite all'oggetto contemplato conservano un significato assai determinato e ristretto, stante la riconosciuta relazione della legge con le Leggi 8 e 10 *de aq. et aq. pl. arc.* 39, 3, tratte dallo stesso libro 53° di Ulpiano *ad Edictum.* Rimane ora da esaminare la L. 4 (*Pomponius*, *libro septimo decimo ad Sabinum*) *de don.*, 39, 5 così concepita: *Etiam per interpositam personam donatio consummari potest.* La difficoltà sta nel definire il significato di *interposita persona* per mezzo della quale, secondo i termini generalissimi, della legge, la donazione si può

compiere. Comprenderà la cennata locuzione anche un procuratore munito di mandato generico a donare?

Lo Scheurl giudicava, a torto certamente, che la locuzione indicasse il mandatario agente in proprio nome, ma altri (Ihering) lo ha confutato vittoriosamente sostenendo al contrario essersi usata la frase *interposita persona* senza significato tecnico, di preferenza nel caso che in un negozio si facesse per frode intervenire una terza persona. La frase, usata in testi di assai diversi autori, non ha significato precisamente determinato; si applica al mandatario che agisce in nome proprio o in nome del mandante e si applica all'institore, al fideiussore, a colui cui è lasciato un legato che realmente deve acquistarsi da altri e nel massimo numero dei casi (non in tutti, cfr. L. 18 *de spons.*) si applica ad una interposizione fatta per scopo fraudolento. L'atto in cui più spesso si parla di *interposita persona* è la donazione. Istruttiva in proposito può riuscire la lettura dei testi seguenti, nei quali la locuzione anzidetta non si riferisce punto (anzi l'intenzione fraudolenta, presupposta con frequenza nelle leggi, esclude la generalità del mandato) ad un procuratore munito di mandato generale, il quale compia l'atto di cui si tratta in forza di tale mandato. Del resto dalla stessa Legge 4 *de don.*, dove il verbo *consummari* allude alla esecuzione ed al compimento e non alla determinazione della volontà del donatore, resta esclusa (sebbene l'iscrizione della legge alquanto incerta non sia atta ad illuminare la interpretazione) l'idea del mandatario generale. Ecco i testi indicati innanzi. Paul., *Sent.* II, 23, 3; L. 32, § 2, Dig. *ad SC. Vell.* 16, 1; L. 18, Dig. *de spons.* 23, 1; L. 3, § 9, L. 5 pr., § 2, L. 11, § 2, 6, 7, 8, Dig. *de don. int. v. et ux.* 24, 1; L. 5, § 3, 4, Dig. *de auct. et cons.* 26, 8; L. 57, L. 87, § 7, Dig. *ad leg. Falc.* 35, 2; L. 12, Dig. *si quid in fraud.* 38, 5; L. 14, Dig. *quae in fraud.* 42, 8; L. 1, § 8, Dig. *quar. rer. act.* 44, 5; L. 5, Dig. *de stipul. serv.* 46, 5; L. 3 pr. *ratam rem.* 46, 8; L. 6, § 1, Cod. *de incest.* 5, 5. Si confronti pure la legge 32, § 4, Dig. *de adm. et per.* 26, 7.

Alla fine non resterebbero, quanto al diritto romano,

che le norme generali le quali regolano le donazioni ed il mandato, che secondo l'opinione del prof. Scialoja da una parte escludono il mandato troppo generico ed indeterminato (Cfr. L. 48, § 2, Dig. *Mand.* 17, 1, nella lezione delle *Pandette* fiorentine e dei *Basilici*) e dall'altra non ammettono che il donatore si spogli delle proprie sostanze senza un preciso atto della sua volontà.

Fra le legislazioni straniere il prof. Scialoja prende in esame il Codice prussiano (*Preussisches Allgemeines Landrecht*, I, 13, § 109) che non esclude di per sè ogni dubbio, il Codice austriaco (§ 1008), il Cod. civ. sassone (§ 1306) ed il recente Codice federale svizzero delle obbligazioni (art. 394) per concludere, che quelle legislazioni, le quali hanno qualche disposizione espressa sulla materia controversa, hanno di preferenza richiesto per le donazioni un mandato speciale e determinato per i singoli atti e che l'esclusione del mandato generico a donare, scritta chiaramente e formalmente in altre leggi, non è che l'espressione di un principio il quale va ammesso in ogni sistema giuridico finchè il diritto positivo non abbia espressamente disposto il contrario.

A tenore dell'art. 1988 del Codice francese è sicura la conclusione, essendo la donazione senza dubbio un'alienazione ed un atto di proprietà, che il mandato espresso sia necessario anche per essa; ma resta sempre notevole che il Codice non parla espressamente della donazione. D'altra parte per l'art. 1988 può rimanere incerto, se il mandato espresso debba riguardare il determinato atto di donazione o se basti sia concepito in termini generali, accordando la facoltà di donare. L'art. 933 ammette il mandato per l'accettazione delle donazioni anche generale per tutte le donazioni. Non si può in tutto paragonare il rapporto personale del donatore verso il donatario con quello verso il donatore del donatario che acquista, si arricchisce e perciò compie un atto che difficilmente si rifiuta. Troppo grave è la differenza tra la posizione del donatore e quella del donatario nel loro rapporto personale per potere argomentare per analogia dall'uno all'altro. L'analogia sarebbe ammissibile solo nel caso che si

potesse dimostrare essere l'*animus donandi* uguale al- l'*animus accipiendi.*

Tuttavia non bisogna esagerare il rapporto personale neppure nei riguardi del donatore; così non si dovrebbe reputare inammissibile che la scelta della persona del donatario fosse dal donatore rimessa ad un terzo od alla sorte, purchè la determinazione a donare avesse nell'animo del donante tutti gli altri requisiti necessari. L'art. 933 del Codice francese (art. 1058 del Codice civile italiano) messo in relazione con l'art. 948 (art. 1070 Cod. ital.) porge piuttosto un argomento contrario alla validità del mandato generico a donare; giacchè menzionando l'art. 948 l'uno accanto all'altro il donatore ed il donatario o chi accetta per esso, intende significare che non vi possa essere un donatore o chi dona per esso, altrimenti il legislatore avrebbe dovuto in questo luogo esprimere necessariamente ciò. Pertanto di fronte agli articoli 1058 e 1070 del Codice italiano, corrispondenti agli articoli 933 e 948 del Codice francese sopra ricordati, non si può sostenere, che manchi nel nostro Codice il testo il quale escluda il mandato generico a donare. Anche se l'assimilazione tra la donazione ed il testamento fosse stata erronea nel Codice francese, equiparandosi i due istituti forse anche più di quanto la loro natura avesse comportato, poichè nella legge fu fatta, bisognerebbe accettarne per diritto positivo le conseguenze. Era dunque ben naturale che, non essendo quanto al testamento lecito il rimettere ad altri la determinazione della volontà, alla mente del legislatore francese non si presentasse come possibile la trasmissione per mandato ad un terzo della facoltà di fare donazioni. Disponendo il donante del suo patrimonio per propria volontà spontanea, s'impoverisce ancora (cosa che non avviene nella disposizione testamentaria) in grazia delle donazioni, e perciò la determinazione della volontà deve essere in lui anche più salda e precisa, e sopratutto assolutamente a lui personale, per avere valore giuridico.

Oltre a ciò il legislatore francese guardò, per impedire danni ai donatori stessi ed alle loro famiglie, con

occhio diffidente gli atti di donazione per guisa da non potersi ammettere che alla volontà di colui, del quale si diminuisce il patrimonio con la donazione, fosse lecito sostituire la volontà altrui. Quest'intima natura della donazione e della volontà che per essa è necessaria è quella che impedisce assolutamente il generico mandato a donare ancora più che il rapporto personale tra donatore e donatario. D'altronde il mandato generico a donare non sarebbe, se valido, produttivo di effetti che mercè della volontà del mandatario, la quale, al momento di stipula della donazione, prendesse radice nella volontà del mandante genericamente espressa. In tal guisa il mandato generico a donare verrebbe a contraddire, almeno in parte, all'art. 943 del Codice francese (art. 1064 del Codice italiano) che proibisce ed annulla le donazioni dei beni futuri.

Il prof. Scialoja volge quindi lo sguardo alle legislazioni che in Italia precedettero il Codice vigente: vale a dire al Codice austriaco (§ 1008) già imperante nel Lombardo-veneto, alle Leggi civili napolitane (articolo 1860) modellate sul Codice francese, al Codice parmense (art. 1886 e seg.) che pur disciplinando le donazioni, riguardate come contratti di beneficenza, tra le obbligazioni, ne aggravò le forme e le garenzie (articolo 1891) ed imitò per il rimanente (art. 1894, 1905, 1909) il Codice francese, al Codice del Canton Ticino (art. 977, § 1, simile all'art. 1871 del Codice parmense) al Codice albertino che riproducendo in generale le disposizioni del Codice francese (art. 1128, 1138, 1145) prescriveva a somiglianza del Codice parmense (articolo 1891) l'esplorazione della volontà del donante giusta l'art. 1124, ed infine al Codice di Modena conforme al Codice francese in tutti i punti essenziali (art. 1860, 1866, 1879, 1887, 1893).

L'assimilazione tra le donazioni ed i testamenti è minore nel Codice nostro che nel francese, ma non è sparita del tutto: la somiglianza si riproduce negli articoli 1052, 1073, 1891 e seg., 1311, nè vi ha traccia che, nel distinguere maggiormente le donazioni dai testamenti, si sia voluta concedere la facoltà di costituire

procuratori con mandato generico a donare. Il legislatore italiano richiese anche egli le forme che per la donazione aveva prescritto il Codice francese e non accettò le forme limitative aggiuntevi dai Codici parmense, ticinese e sardo con la omologazione giudiziaria, avendo riposto maggior fiducia nello stato soggettivo dell'animo del donatore. Il mandato generico a donare non potrebbe conciliarsi con la definizione data della donazione (atto di spontanea liberalità) dall'art. 1050 del Cod. civile italiano. A prescindere dalle suesposte cose, le ragioni di ordine generale sarebbero per sè stesse più che sufficienti ad escludere il mandato generico, nè varrebbe il dire con la Cassazione napoletana, che là dove il legislatore non ha espressamente vietato questo mandato generico, esso deve ammettersi. Il principio della rappresentanza non è in diritto così normale, che si possa dire possibile sempre, fino a proibizione in contrario, ogni genere di rappresentanza per ogni atto giuridico: è necessario anzi vedere volta per volta se la natura dell'atto la comporta. In tutti gli atti, che richiedono l'intervento corporeo della persona dell'agente, il Codice dichiara semplicemente che l'agente deve compierli in quel dato modo: sarebbe assurdo che soggiungesse poi che non potersi compiere per mezzo di procuratore. Lo stesso evidentemente deve dirsi per quegli atti, nei quali si ricerca la personale determinazione di volontà dell'agente. Come adunque si potrebbe escludere l'indagine circa la natura degli atti? Abbiasi riguardo all'art. 99 del Cod. civile italiano.

Conchiudendo il suo dire, il prof. Scialoja osserva.

Piuttosto che dubitare dell'ammissibilità o meno del mandato generico a donare, pare che possa ragionevolmente domandarsi, se nella donazione sia ammissibile la procura speciale in senso stretto, o se invece non debba negarsi qualunque sorta di procura. Indubitatamente parecchie delle legislazioni che precedettero il Codice italiano non ammettevano neppure la più speciale delle procure. Parecchie delle ragioni finora esposte potrebbero anche parere sufficienti ad

escludere ogni procura, e poichè in generale si ammette presso di noi in pratica la procura speciale (in senso stretto) a donare, potrebbe anche sembrare che quelle ragioni provassero troppo. Bisogna evitare di cadere in errore. Fra la procura speciale in senso lato (ossia generica a donare) e la procura speciale in senso stretto (per una o più determinate donazioni) vi è una differenza sostanziale, la quale fa sì che esse non abbiano fra di loro comunanza di sorta. Se il mandato generico a donare fosse valido, il mandatario potrebbe sempre donare a chicchessia qualunque parte del patrimonio od anche tutto il patrimonio del mandante senza bisogno dell'ulteriore concorso della volontà di questi, ed in ciò sta l'assurdo che cozza contro la natura della donazione. Invece il così detto mandato speciale a donare contiene esso stesso la dichiarazione di volontà del donante, nell'animo del quale s'è generata tutta la necessaria determinazione; il mandatario non è più che un mezzo per attuare questa volontà e portarla a compimento. Nulla dunque negli argomenti addotti osta all'ammissione di un mandato siffatto. Non potendosi accettare alcune decisioni della stessa Corte di cass. di Napoli, va piuttosto adottata l'opinione che il mandato speciale a donare non solo debba contenere tutto ciò che è necessario ad una determinata volontà di donare, ma debba anche rivestire le forme della dichiarazione di donazione le quali hanno tra gli altri fini anche quello di garentire la serietà del volere, di essere in certo modo la misura dell'intensità della volontà. È necessario intanto avvertire che, quando si parla di volontà determinata, conformemente ai detti precedenti, non s'intende ad escludere che il donatore rimetta ad un terzo la scelta della persona del donatario e talora anche la scelta della cosa, ma soltanto a stabilire che la donazione deve essere sempre da lui specificatamente voluta, non potendosi lasciare al terzo un assoluto arbitrio di determinare l'ammontare della donazione. L'art. 1070 del Cod. italiano dimostra come il donatore debba far propria la scelta operata dal terzo. Il principio fondamentale è sempre identico: la dona-

zione non è valida senza la determinata volontà del donatore ad essa diretta.

Il mandato a fare donazioni era nella fattispecie compreso, a giudizio del prof. Scialoja, nel concetto dominante del mandato che aveva per iscopo l' affidamento della più libera ed ampia amministrazione dei beni del mandante e perciò doveva interpretarsi in armonia con questo concetto; nel senso cioè che il mandatario fosse autorizzato a fare quelle minori ed usuali liberalità che, se possono giuridicamente considerarsi come vere donazioni, socialmente non sono ritenute propriamente come tali, ma sono officiose prestazioni o remunerazioni, quasi altrettanto doverose quanto quelle dal diritto dichiarate obbligatorie. La Corte d'appello di Potenza avendo ben veduto questa connessione del mandato a donare con lo scopo dell'amministrazione generale, ne trasse la conseguenza eccessiva di considerare quel mandato a donare come una di quelle locuzioni non rare negli atti di tal sorta, le quali riduconsi ad una soverchianza improduttiva di giuridici effetti: pure la Corte di cass. di Napoli avrebbe dovuto accettare quella interpretazione della volontà come giudizio di fatto, evitando così la decisione giuridica della questione più larga circa la validità del mandato generico a donare. Interpretata nel modo sopra accennato, la frase relativa all' autorizzazione di fare donazioni avrebbe avuto il significato di porre fuori di ogni dubbio e di permettere anche (non essendo possibile amministrare un patrimonio senza essere costretti a dare talora modiche gratificazioni) che fosse intesa con una certa larghezza, riconosciuta giustamente dal Troplong nel semplice mandatario generale. È certamente un grave vizio del Codice nostro il non avere esplicitamente regolato la materia delle piccole rimunerazioni e gratificazioni e delle modiche donazioni manuali, ma al vizio della legge deve rimediare la prudenza dell' interprete che può e deve riconoscere la profonda differenza che corre tra questo genere di donazioni e gli atti di donazione propriamente detti, ai quali allude l'art. 1056 del Codice civile italiano, così per la determinazione

della volontà del donante come per la natura sociale ed economica dell'atto.

A noi piace subito rilevare che la Corte regolatrice merita encomio, in luogo del rimprovero che le si vorrebbe attribuire, per avere serbato i confini della sua giurisdizione valutando la questione giuridica sulla validità del mandato espresso a donare che fu posta dalla Corte di merito e discussa con la dicevole larghezza di disamina. Alla Corte potentina poteva forse arridere l'idea di escludere l'esistenza di un mandato *espresso* ai sensi della legge positiva, riducendo a soverchianza improduttiva di effetti giuridici una importante facoltà, conferita con chiaro dettato unitamente ad altre facoltà di massima rilevanza; ma il testo non equivoco della procura indusse a più miti consigli quel ragguardevole Collegio. Lodevolmente sotto questo aspetto la Corte di Potenza fece omaggio alla volontà del mandante, il quale non aveva punto limitatò la procura alla semplice amministrazione od alla sola facoltà di migliorare i beni, enunciata solo per meglio regolare in fatto di migliorìe, secondo una norma certa, i rapporti per il tempo avvenire tra mandante e mandatario. Alla conseguenza che lo stesso prof. Scialoja giudica eccessiva non si arrestò la Corte di merito; e perciò avrebbe destata legittima sorpresa una decisione della Corte regolatrice fondata sopra un giudizio di fatto, che dalla Corte di merito non fu ritenuto, per un giusto e giustificato ritegno, quale base o ragione giuridica essenziale del decidere.

In tale stato di cose la Corte di cassazione di Napoli rimaneva priva, quand'anche ne avesse riconosciuta la opportunità, del legittimo potere per gratificare del silenzio un caso giuridico importante, capace di essere convenevolmente illustrato dalla Giurisprudenza e dalla Dottrina con criteri e norme non disutili alla dilucidazione della legge positiva. D'altra parte il prof. Gianturco lamenta il rimpicciolimento della questione, che egli avrebbe desiderato si fosse proposta dalla Corte di cassazione, senza rimanere assolutamente entro la teoria del mandato, nei termini seguenti: " È ammes-

sibile la rappresentanza propria negli atti solenni di donazione „. Ma noi pensiamo che alla Corte regolatrice dovè parere giusto e sopratutto legale, in una quistione di diritto positivo che tocca direttamente il mandato così detto espresso non dipartirsi oltre misura dai confini segnati dalla teoria del mandato. La rappresentanza giuridica, valutata nel suo ampio significato, assume svariate forme le quali vanno considerate più specialmente dal particolare aspetto di ciascuna di esse.

Interpretata l'autorizzazione di fare donazioni secondo l'intelligenza ad essa data dal prof. Scialoja, tornerebbe a galla il concetto, dallo Scialoja ripudiato, della locuzione soverchiante, improduttiva di effetti giuridici. Così per altra via al mandato espresso sarebbe negata la convenevole applicazione giuridica nell'argomento della donazione, ed allora si paleserebbe più logica la conclusione che escludesse recisamente gli atti di donazione dalla sfera di applicazione del mandato espresso. Non occorre di certo mandato espresso perchè il mandatario generale, costituito alla guisa indicata dall'art. 1741, prima parte, del Cod. civ. italiano ovvero dall'art. 1988, prima parte, del Codice francese, possa fare *rerum necessitate aut utilitate* le piccole rimunerazioni e modiche gratificazioni, ammesse dalla dottrina e dalla giurisprudenza nei limiti che la *ratio administrandi* venga determinando per i casi differenti della vita.

In grazia della distinzione necessaria rivelata dalla storia del diritto, da cui la legge italiana promana, tra le donazioni solenni, vere donazioni, e le donazioni propriamente dette causative, rimuneratorie (distinzione illustrata, fra i primi, maestrevolmente dall'esimio professore Schupfer) parrebbe degna di essere considerata *in lege condenda* l'avvertenza del prof. Scialoja nel mettere in rilievo il vizio del Codice in vigore, che assimila le donazioni causative e rimuneratorie alle vere donazioni.

Pure non si deve esagerare il torto del legislatore italiano che la distinzione surriferita non ha assolu-

tamente pretermessa, siccome ne fanno fede gli articoli 1062, 1077, 1087 del Codice civile. Quanto ai doni manuali, i lavori preparatorii della legislazione italiana porgono utili dilucidazioni sull'intenzione del legislatore, manifestata esplicitamente e direttamente anche nel riguardo del trattamento giuridico a quelli appropriato; ma rimane abbastanza giustificato il desiderio del chiarissimo prof. Chironi il quale, non essendo molto propenso a favorire una eccessiva intromissione dell'interprete nel campo del diritto costituito, vorrebbe il concetto della donazione manuale meglio precisato e determinato nella stessa legge.

Il midollo della materia controversa non è riposto, osserva il valente prof. Gianturco, nella determinazione dell'obbietto da donare la quale può essere adempiuta per mezzo di un *arbiter*, bensì nella intrasmissibilità e personalità dell'*animus donandi*. La partecipazione di un terzo all'atto giuridico è naturale quando il terzo sia un mero organo (*nuncius*) per la sola estrinsecazione della volontà del principale, è giuridica quando il terzo in qualità di rappresentante voglia ed agisca egli stesso *nomine mandantis*. Il *nunzio* è nelle fonti paragonato ad una lettera vivente; *ministerium tantummodo praestare videtur* (L. 15, Dig. 13, 5). L'Unger dice con molta precisione: il principale agisce *durch* del rappresentante e *mittelst* del *nuncius*. L'incapace per difetto di volontà o chi non intende la lingua del principale può in conseguenza assumersi validamente l'ufficio di semplice *nuncius*, il quale invece non è ammesso affatto per l'occupazione e l'abbandono (*derelictio*) dove non basta il semplice fatto materiale dell'acquisto (*adprehensio*) e dell'abbandono, richiedendosi per l'occupazione l'intenzione di acquistare il dominio, per l'abbandono l'*animus derelinquendi*. L'occupazione e l'abbandono possono invece compiersi per mezzo del rappresentante propriamente detto, il quale essendo capace di volere, non estrinseca come il *nuncius* la volontà altrui, non presta *tantummodo ministerium* ma pure operando per il principale, *nomine mandantis*, è mosso da volontà propria, vuole egli stesso (L. 1, § 9, 10,

Dig. 41, 2). In tutti i casi di vera giuridica rappresentanza (costituita per legge o per decreto del giudice, per gestione di negozi o per mandato) questa conserva sempre la propria indole in grazia della quale l'atto giuridico si reputa fatto dal principale e per il principale, ma è voluto e compiuto dal rappresentante che non agisce come semplice organo per esplicare soltanto il volere del principale. Di qui deriva che, non solo nella ipotesi del mandato, ma in tutte le altre ipotesi di rappresentanza giuridica, ogni qualvolta per l'indole dell'atto o per prescrizioni di legge la volontà che dà vita al rapporto giuridico deve essere quella stessa del principale, la rappresentanza nel senso tecnico sia inammissibile, mentre potrà essere ammissibile l'opera di un *nuncius* con il solo ufficio di estrinsecare la volontà altrui.

Nel giuramento, per esempio, è ammessa solamente l'opera del *nuncius* o dragomanno che interpreti la lingua del giurante; in tema di matrimonio il diritto canonico escluse la rappresentanza ammettendo l'opera del *nuncius* e l'art. 99 del Codice civile italiano permette che il matrimonio dei principi e delle principesse della famiglia reale si faccia per procura, la quale sarebbe eresia giuridica ritenere generica nel silenzio del legislatore. Perchè si dovrebbe stabilire una differenza sostanziale per rapporto alla rappresentanza fra il caso del giuramento o del matrimonio e quello della donazione? Non è unico il fondamento del decidere in tutti i casi surriferiti? Dove la legge richiede la volontà propria di chi dà vita al rapporto giuridico, la rappresentanza è sempre inammissibile, appunto perchè essa suppone la volontà propria. In tali casi è ammissibile invece l'opera del *nuncius* come nel consenso che gli ascendenti debbono prestare al matrimonio o all'adozione (art. 81, 213 Cod. civ. ital.). Sebbene il nudo testo del Codice non lo vieti, il riconoscimento di un figlio naturale non potrebbe farsi da persona munita della procura di riconoscere figli naturali, ma soltanto personalmente dal genitore naturale o da un *nuncius* fornito di procura specialissima con indicazione del figlio

da riconoscere. Anche nel caso in cui per timore di frodi e per accertarsi della sincerità del consenso il legislatore ha vietato e il rappresentante e il *nuncius* come nel matrimonio, nell'adozione, nel testamento, unico è il fondamento della decisione: cioè una intrinseca e più stringente necessità che all'atto giuridico concorra la volontà personale ed intrasmissibile del principale. I suesposti principii sono l'ultimo risultato della lenta elaborazione storica della rappresentanza giuridica, essi sono la più larga estensione che il diritto moderno ha dato all'*agere per alium*. Non si può invocare il diritto romano dove invece valeva di regola il principio, che la rappresentanza non fosse ammessa; non giova il citare la L. 22 (Paulus), Dig. *Mandat.*, 17, 1 ed il comento leggiero ed ignorante del Brunnemann sul proposito, il quale crolla di peso per l'osservazione del Cujacio (lib. 32, vol. VI, col. 469); *ut subjicit Paulus in hoc* §, *si tibi centum dederim, ut quae velles Titio dares. Sic recte Florentina quae velles non cui velles. Et Basilica similiter* οἱ ακδηπος *quaecumque*. L'osservazione del Cujacio è di tale evidenza che il Brunnemann, scrivendo molti anni appresso, avrebbe dovuto tenerne conto, siccome tutti i posteriori editori del *Corpus juris* sino al Krueger ed al Mommsen, i quali leggono *quae velles* e non *cui velles*. Neppure il diritto canonico, il quale estese moltissimo l'istituto della rappresentanza mercè della nota massima *qui facit per alium est perinde ac si faciat per se ipsum*, si potè discostare dal principio che la rappresentanza fosse inammissibile dove si richiedeva la volontà intrasmissibile e personale del principale. La pratica dei Tribunali tenne fermo il medesimo principio seguendo la comune opinione dei dottori (1) e, sebbene questi considerassero ed organizzassero la teoria del mandato secondo il concetto concreto del pregiudizio o del vantaggio del mandante, pure non trascurarono di accennare al concetto formale

(1) Cf. per maggiori ragguagli: *Del mandato a donare.* Note degli avv. EMANUELE GIANTURCO e NICOLA DE RUGGIERI in occasione della causa Brando c. Fiorillo innanzi alla Corte di cassazione di Napoli.

dei limiti circa le facoltà del mandatario ed alla intrasmissibilità dell'*animus donandi*, notando a riguardo del mandatario *cum libera* la profonda differenza che corre fra la vendita e la donazione e che fu disconosciuta dalla Corte suprema per il riflesso che la parola *alienazione* comprenda e l'uno e l'altro atto. I dottori richiedevano per la donazione un mandato speciale, cioè specialissimo secondo la terminologia moderna: nel diritto antico il mandato speciale riguarda sempre un singolo affare. Spettava al Codice francese ed al Codice italiano il merito d'ingenerare confusione col dichiarare come speciale anche il mandato per affari di una certa natura (art. 1987 del Cod. francese, 1740 del Cod. italiano): la tripartizione antica non era quella di mandato generale, speciale e specialissimo, bensì l'altra di mandato *cum libera*, *sine libera e speciale*. Tale è l'interpretazione che all'antica dottrina hanno dato il Codice sassone, l'austriaco, il prussiano, lo svizzero, e l'interpretazione ha per la materia controversa un decisivo valore, non trattandosi di eccezioni e di regole proprie a quei paesi ma di principii generali, comuni a tutte le legislazioni e che trovano il loro fondamento nella filosofia del diritto.

In conformità dei principii suesposti si deve esaminare in che senso e fino a qual punto la rappresentanza sia ammissibile in tema di donazione. Quanto all'obbietto della donazione, la rappresentanza può di regola essere ammessa, ma trova anche dei limiti. L'art. 835 detta: “ è nulla la disposizione che lascia interamente all'arbitrio dell'erede o di un terzo di determinare la quantità del legato, eccettuati i legati fatti a titolo di rimunerazione pei servigi prestati al testatore nell'ultima sua malattia „. Il legislatore italiano non si è lasciato vincere da esagerata tenerezza dell'autonomia privata nella disposizione dei beni, ma ha applicato rettamente i principii della rappresentanza e della *causa legandi*, volendo la misura della liberalità proporzionata all'affetto del legante, unico giudice ed equo misuratore di esso. Appunto perciò, quando la causa del legato sta nei servizi valutabili *arbitrio boni viri*, il

divieto cessa appena cessa la ragione della legge. Se limiti sono imposti all'*arbitrium boni viri* in materia tali testamentaria, a maggior ragione altrettanti l'*arbitrium* dovrà ritrovarne in materia di donazione.

Ben può il donante commettere ad un mandatario di donare secondo i servigi prestati dal donatario o secondo i bisogni di lui, nei quali casi il mandatario *arbiter* trova un limite da mantenere secondo la valutazione obbiettiva di essi; il limite vien meno dove si rinvenga sconfinato l'*arbitrium merum* del mandatario, liberissimo di donare in danno del suo mandante. Ma il punto essenziale per la discussione concerne l'ammissibilità della rappresentanza circa l'*animus donandi*. L'*animus donandi* è contemporaneamente la causa della donazione per guisa che se sia fondato sopra un errore sostanziale, la donazione diventa nulla; l'*animus donandi*, quindi si fonda su considerazioni personali di benevolenza e di gratitudine le quali ricevono la loro misura unicamente dall'animo del donante. L'*animus donandi* secondo l'efficace espressione del Dernburg (*Lehrbuch des preussischen Privatrechts*, vol. 2, § 161, 2ª, 3ª ediz.), dev'essere il prodotto di una positiva determinazione del donante che si riveli come tale agli occhi di lui. Non è punto sufficiente che egli compia un'alienazione di patrimonio di cui il fine ed il movente non gli apparisca chiaro nell'animo. Conformemente al suddetto principio scrive a proposito del mandato (op. cit., § 180) il Dernburg: " il mandato può comprendere ogni sorta di affari, i quali per particolare ragione non si debbano ordinare personalmente; può essere conferito anche un generale potere di rappresentare e persino di *donare secondo l'equo criterio del mandatario* ".

La Corte di cassazione napoletana ha tratto argomento in sostegno della validità del mandato generico a donare anche dalle disposizioni testamentarie; l'analogia può essere invocata in quanto e le disposizioni testamentarie e le donazioni costituiscono disposizioni a titolo gratuito, non già in quanto le prime sono ambulatorie *usque ad vitae supremum exitum* e le

seconde trasferiscono la proprietà dei beni donati, attualmente ed irrevocabilmente. Il Codice francese, tenendo mente soltanto al criterio di analogia, collocò sotto la medesima rubrica e le prime e le seconde; il Codice italiano invece ha guardato piuttosto alle differenze, nel posto e nell'attuazione delle disposizioni. Pure neanche il Codice italiano ha potuto disconoscere l'analogia vera e sostanziale fra le due forme di trasmissione a titolo gratuito; perciò, contro l'opinione della Corte di cassazione, si può citare eziandio l'articolo 834 del Codice civile, che evidentemente non contiene una disposizione eccezionale pei testamenti ma l'applicazione esatta dei principii circa l'ammissibilità dell'*arbitrium boni viri*. Il testatore, al pari del donante, è l'unico giudice e misuratore della gravità dei motivi che l'indussero a legare o donare; sta in ciò l'intrasmissibilità e personalità dell'*animus donandi* o *legandi*. Il principio con cui si provvede alla necessità della vita ed alla purità dei principii giuridici per via dell'*arbitrium* ristretto nei suoi confini giuridici e razionali, è questo: la rappresentanza è inammissibile nella valutazione della causa *legandi o donandi*, affatto personale al legante o donante ed è invece ammissibile laddove si tratti di valutare con giudizio obbiettivo, come nell'alinea dell'art. 834 del Cod. civile, e non subbiettivo, le ragioni di preferenza fra più legatari o donatari possibili.

Chi conferisse un mandato di donare *cui voles et quae voles*, come nella specie, farebbe opera non da uomo sennato ma degna solo di un matto da catena, dando ad altri senza una ragione al mondo, *sine causa donandi*, il diritto di ridurlo all'estrema indigenza. Se le leggi non sono fatte per i matti, nè per incoraggiarli a sciupare i loro beni, poteva bastare l'analogia offerta dalle regole dei testamenti e dei legati senza prendersi la fatica superflua di ricercare nel testo del Codice l'articolo racchiudente il divieto del mandato di donare *cui voles et quae voles;* giacchè il legislatore non poteva provvedere ad un caso che nella storia della giurisprudenza si presenta ora per la prima volta e per il quale

bastavano i principii generali della rappresentanza e le regole di analogia. La Corte di cassazione di Napoli ha voluto invece trarre argomento tra le disposizioni testamentarie da una disposizione affatto estranea e ripugnante alla specie in esame; cioè dall'articolo 849 riflettente l'erede così detto fiduciario il quale è mero organo, semplice testimone, senza che disponga di cosa veruna, della segreta volontà manifestatagli dal testatore defunto e che egli fa palese, sicchè i nominati non ricevono i beni da lui ma direttamente dal testatore. E nel diritto antico si ammetteva la prova, che la propalazione della fiducia non fosse conforme alla volontà manifestata dal testatore; prova che il Codice civile italiano ha vietato a cagione dell'incertezza e della difficoltà di liti siffatte, mantenendo tuttora integro il concetto che il fiduciario, allorchè propala la segreta volontà, non è *arbiter*, non dispone di nulla, ma soltanto esplica ed esegue la volontà del testatore. Invece il mandatario, nel caso per cui ora è disputa, fu costituito per donare e disporre liberamente del patrimonio del testatore. Affatto destituito di fondamento è poi l'argomento analogico che si cerca di trarre dall'art. 1058 del Cod. civ. italiano, regolante il caso dell'accettazione di una donazione anche per mezzo di persona, munita di procura esprimente la facoltà in generale di accettare donazioni. Fra il mandato di donare e quello di accettare non vi ha analogia, ma differenza sostanziale.

Le formalità dell'accettazione sono ragionevolmente meno rigorose, acquistando il donatario, mentre il donante si spoglia. Tale volle l'accettazione anche il diritto antico secondo il quale, giusta l'insegnamento del Pothier, era valida anche l'accettazione fatta da un minore, evidentemente incapace di donare. L'errore del donante circa la persona del donatario produce la nullità della donazione che non si verifica all'opposto per l'errore del donatario sulla persona del donante, perciocchè se voglia il donatario rifiutare il benefizio ha la via assai facile, rinunziando ai beni donati. Nè giova allegare che la donazione possa talora contenere la

prova o suscitare il sospetto di rapporti illeciti, per esempio se fatta a donna maritata da un celibe che frequenti assiduamente la casa, per dedurre che se la legge non ha richiesto il mandato specialissimo in cosa che tocca da vicino l'onore e la pace delle famiglie, non l'abbia voluto neppure nella procura a donare. L'obbiezione non è rilevante; i sospetti d'illeciti rapporti potrebbero anche da altri rapporti giuridici essere suscitati (p. es., da una vendita a prezzo vile), per i quali la legge non ha potuto senza eccessivo rigore richiedere il mandato speciale, e d'altra parte, al fine di evitare sospetti, il donatario o la donataria potrebbero rinunziare alla donazione, alienare i beni a vantaggio dell'antico donante od erogarli in opere filantropiche. A concludere, l'*animus donandi* è requisito sostanzialissimo e causa della donazione, e già nell'antico diritto era stata notata la profonda differenza tra la donazione richiedente il mandato specialissimo e gli altri atti di alienazione per i quali bastava il mandato *cum libera*. Non solo non regge storicamente l'argomento del mandato espresso, ma neppure si regge giuridicamente perchè, mentre la donazione si fa *intuitu personae*, la vendita, la permuta, la transazione e gli altri atti di disposizione si fanno senza alcun riguardo alla persona dell'altro contraente: l'errore sulla persona non vizia la dona zione. L'articolo 1110 del Codice civile italiano detta: " l'errore di fatto non produce nullità quando cade soltanto sulla persona colla quale si è contrattato, eccettochè la considerazione della persona, colla quale s'intende contrattare, sia la causa principale della con venzione ".

Abbiamo esposto con quella larghezza ed esattezza che a noi è riuscita possibile le ragioni addotte dai chiarissimi professori Ricci, Jannuzzi, Scialoia e Gianturco in senso contrario a quelle, dichiarate dalla Corte di cassazione di Napoli con precisione e semplicità non comune di linguaggio giuridico; ci sia ora consentito di dare fuggevolmente conto della nostra modesta opinione, già espressa sull'argomento, con

priorità di tempo e con la necessaria dimostrazione giuridica, in questa stessa raccolta (1).

La Corte di appello di Potenza aveva desunto la necessità del mandato speciale (in senso stretto) sopratutto dall'indole della donazione, dalle nozioni costitutive di essa; giacchè aveva saviamente ammesso senza laboriosa analisi, che il mandato espresso si dovesse riguardare distinto dal mandato speciale in senso stretto.

Altri, invocando l'identica massima per la quale si stabiliva la necessità giuridica del mandato speciale sotto la comminatoria della nullità, scambiavano il significato giuridico, del mandato espresso con quello del mandato speciale, considerato innanzi, per escludere nella fattispecie il mandato espresso contemplato dall'art. 1741 capoverso.

Rispondendo agli argomenti dell'una e dell'altra natura e senza allargarci dalla disamina oltre il caso giuridico, quale si era presentato nella realtà (mandato *espresso*, compreso in un mandato concepito in termini generali e regolato dalla prima parte dell'art. 1741) all'esame della Corte potentina sì da mettere direttamente capo in un testo tassativo di legge, demmo opera a dilucidare, mediante il sussidio di valevole dottrina e giurisprudenza, il significato legale del mandato *espresso* e l'indole concreta e legale, non astratta e metafisica, della donazione riguardata nel sistema legislativo italiano vigente.

Quanto al mandato *espresso*, ponemmo in rilievo che, dovendo adoperarsi tale forma di mandato inevitabilmente a riguardo degli atti di proprietà od eccedenti l'ordinaria amministrazione, rimanevano compresi in esso tutti gli atti di identica natura a farsi a nome del mandante.

L'articolo 1741, alinea, del Cod. civile italiano altro non richiede per la valida autorizzazione del mandatario a compiere atti di proprietà in nome e conto del

---

(1) *Giurisp. Ital.*, 1886, XXXVIII, parte IV, *Quistioni teorico-pratiche; Efficacia del mandato generale espresso*, col. 114 e segg.

mandante, che una chiara, non equivoca manifestazione di volontà per parte del mandante, attestante il conferimento nominatamente di ciascuna facoltà separata dal dominio che si reputa per presunzione di legge riservato, nel difetto della *clausola espressa*, al proprietario e punto menomata dal vicariato generale. Ma col sopravvenire dell'autorizzazione espressa secondo determinate facoltà *dominicali* la presunzione della legge vien meno ed il mandatario generale dovrà reputarsi capace a compiere gli atti tutti riferentisi alle facoltà ricevute. Il concetto del mandato espresso, non che gli elementi che si desumono dalla storia dell'istituto, domandano l'indicazione specifica delle facoltà di cui l'una non si tira dietro l'altra.

Il chiaro dettato dell'art. 1742 del Codice italiano allontana ogni dubbio. La legge non vuole sul proposito induzioni per appurare la volontà del mandante quando questi abbia voluto spogliarsi, in modo revocabile, di alcune o di tutte le facoltà inerenti al dominio. Pertanto il mandato espresso non toglie al mandato concepito in termini generali il suo carattere di generalità, esigendo che la *generalità* venga espressa e diventi in senso lato, obbligando il mandante ai termini dell'art. 1752, *specialità* per rapporto al potere di vendere, di far società, di transigere, di fare donazioni, di ripudiare eredità, ecc.

La procura generalissima non è inconciliabile con una procura considerata speciale quanto alle facoltà *dominicali;* ecco l'insegnamento che si ricava dall'articolo 1988 del Cod. francese e dal corrispondente art. 1741 del Cod. italiano.

La dottrina e la giurisprudenza dei due paesi sono, si può dire, concordi nella valutazione giuridica del mandato espresso giusta il concetto surriferito, ed appunto in grazia dell'elemento di specialità racchiuso nel mandato espresso si è ritenuto, che il mandato speciale in senso stretto possa validamente supplirsi con una procura generale, indicante le facoltà di fare tutti gli atti della natura di quelli che trattisi di compiere. Tanto affermava anche la Corte di cassazione

francese all'udienza del 28 gennaio 1813, soggiungendo che, secondo il *diritto comune* (i principii generali di diritto), una procura conserva il carattere di specialità e si nomina speciale ancora quando si riferisca ad affari di una certa natura. La decisione della Cassazione francese è avvalorata dal testo della legge francese ed italiana (art. 1987 e 1740). Si prenda quindi a guida l'art. 1741 che in preferenza dovrebbe regolare il caso giuridico controverso ossivero lo stesso art. 1740 del Codice ital., non si potrà dubitare, fintantochè si affisi lo sguardo al titolo della legge positiva che regola il mandato, della validità della donazione fatta dal mandatario generale in virtù di mandato espresso. L'interesse, interpretato quale vantaggio pecuniario del mandante, non è fondamento esclusivo ed assoluto del mandato; il mandato ben può riguardare nel senso sopra indicato l'interesse (vantaggio) esclusivo del terzo e riguarda di certo il mandatario costituito *procurator in rem propriam.* La locuzione *per conto* adoperata dal legislatore italiano nell'art. 1737 del Codice civile non denota mica quello, che solo attraverso di una interpretazione restrittiva e laboriosa potrebbe significare. Oltre a ciò il così detto interesse giuridico non è sempre interesse materiale o puramente economico. Gli art. 1746 e 1747 del Cod. italiano, collocati nel titolo del mandato, riceveranno in ogni ipotesi di mandato l'applicazione che ad essi appartiene per mantenere in confini diligenti ed onesti, libera dalla colpa o dal dolo, l'esecuzione del mandato.

Inoltre l'applicazione degli articoli precitati potrebbe essere invanita dalla volontà del mandante manifestata mediante ratifica, senza che la legge opponesse ostacolo per ragioni superiori di ordine pubblico.

Relativamente all'indole della donazione, alla quale si fece ricorso per giustificare la necessità di un mandato speciale in senso stretto, non riuscì a noi difficile di respingere argomentazioni repugnanti al sistema legislativo vigente che non ha seguìto punto le orme dei Codici ricordati dalla Corte potentina. L'autenticità che è data dall'atto pubblico fu prescritta, appagando

tutti i voti del legislatore italiano, non già per ostacolare la donazione, sì bene per assicurare mediante l'intervento di un ufficiale pubblico una convenevole garanzia contro la violenza o la frode. La solennità riconosciuta dalla legge italiana in tema delle donazioni non mira a rendere agevole la nullità di esse; un semplice confronto fra l'art. 932 del Cod. francese e 1057 del Codice italiano potrebbe bastare a comprovare il sistema, più liberale di quello sancito dai Codici precedenti, che si palesa prediletto al legislatore italiano. Egli ha vietato ogni *esplorazione* di motivi; la donazione è valida sebbene non ne siano determinati i motivi e non ne sia espressa la causa.

Non essendo gli uomini propensi a donare, a spogliarsi dei loro beni è evidente che all'abbandono (temporaneo, a dire il vero) della facoltà, la quale autorizzi le donazioni, non si perviene se non con siffatto reciso proponimento e perciò con maggiore diffidenza; laddove al conferimento di altre importanti facoltà, di quella ad esempio che abiliti a prestare fideiussioni, si può giungere con minore ponderazione, essendovi luogo alla speranza di nulla perdere. La fideiussione spesse fiate ha, come la donazione, base nella beneficenza. Inoltre la donazione, se in casi frequenti della vita si rannoda assai da vicino alla considerazione della persona, non mette mica capo in un diritto personalissimo, intrasmissibile da rimanere inerente assolutamente alla persona, senza potersi comunicare ad altri ed in particolare al mandatario condotto dalla meritata fiducia al posto del mandante, il quale non è per altro verso impedito di agevolarne il compito o determinarne meglio l'adeguata responsabilità con segrete istruzioni date per la più esatta esecuzione del mandato.

Riferendoci da ultimo al diritto romano, pur ricordato dalla Corte di Potenza, osservammo che esso non noverò tra gl'istituti giuridici il mandato senza una serie di cautele e di restrizioni (di mano in mano attenuate), in verità poco compatibili con l'odierno vivere civile che tende ad assicurare al mandato in omaggio alle moltiplicate esigenze della vita, il più

largo svolgimento; e poscia guardando il concetto della rappresentanza giuridica non dal semplice aspetto del mandato, ma nel suo lato senso ed in relazione precipua ai tempi del rigoroso diritto civile, mettemmo innanzi un frammento (la L. 7, Dig. *de donat.* 39, 5) che riguarda propriamente i figli di famiglia per ricavarne, *jure romano etiam adjuvante*, un argomento di analogia non dispregevole, in appoggio della massima contraria a quella stabilita dalla Corte di merito. Anche il Codice austriaco ammaestra nel § 1008, il concetto di generalità attenente al mandato a donare non essere repugnante ai principii riconosciuti ed ammessi con tassativi testi di legge da una saggia e progredita legislazione.

Di poi con criteri paralleli ai nostri trattava l'argomento, al seguito della sentenza emessa in grado di rinvio dalla Corte di appello di Napoli e della vigorosa opposizione innanzi manifestata dagli esimii professori Ricci, Jannuzzi, Scialoia e Gianturco avverso la massima ritenuta dalla Corte di cassazione di Napoli, l'avvocato Eugenio Ballerini (1). Anch'egli mette opportunamente in rilievo che la donazione nel sistema del Codice civile italiano vale alienazione del patrimonio, soggetta quindi alle regole pertinenti all'alienazione, salve le eccezioni stabilite dalla legge. Il donare importa affermazione precipua del principio della libera disponibilità dei beni; giova alla esplicazione legittima di quel potere individuale, garentito dalle leggi delle nazioni civili, il quale pone le cose ed i diritti, che ci appartengono, sotto la completa soggezione dell'individuo. Si può disporre per mezzo della donazione, uno dei modi di acquistare e di trasmettere le cose e i diritti, come si dispone mediante l'esercizio di altri diritti patrimoniali; alla guisa simigliante il diritto di donare si può esercitare per mezzo di terze persone, come si esercita per mandato ogni altro diritto patrimoniale, ogni altra funzione giuridica che

(1) *Diritto e Giurisprudenza*, anno III, n. 22, pag. 217 e seg. (Napoli, 16 novembre 1887).

sia la conseguenza della libera disponibilità dei beni. Sotto il titolo della donazione non si legge alcuna eccezione che vieti, limiti o modifichi mediante testo espresso di legge il diritto di donare, dunque esso va regolato, esercitandosi per opera del mandatario, dai principii stabiliti dalla legge sotto il titolo del mandato.

È principio generale di diritto per ogni civile legislazione, che sia permesso di fare quanto la legge non proibisce; però non si potrebbe, nel silenzio del legislatore, stabilire in fatto di donazioni una restrizione circa l'esercizio di un diritto, in opposizione manifesta alla legge che non l'avesse voluto. L'istituto della donazione occupa nelle legislazioni delle nazioni civili, tranne in alcuni Stati, un posto simile a quello di ogni altro contratto, di ogni altro istituto senza alcuna considerazione speciale. In Germania i giuristi parlano della donazione come parlano della vendita e della locazione. Nel Codice austriaco la donazione non occupa un posto privilegiato; è nominata ove si parla di altri contratti, ammettendosi per principio la validità anche di una donazione verbale seguìta dalla tradizione (§ 943). A Zurigo una donazione verbale non può essere annullata sotto pretesto di vizio di forma, allorchè l'oggetto donato sia stato messo nel potere del donatario.

Parimenti in Inghilterra la donazione è considerata come un'alienazione di beni patrimoniali. Nel Codice sassone la donazione è considerata come un'alienazione *sui generis*, perchè colà si subisce ancora l'influenza dell'antica tradizione, come la subivano il Codice parmense ed il Codice albertino, mentre dai principii dei cennati Codici, incompatibili con il novello sistema, si discostava il legislatore italiano in fatto di donazione. Adunque modernamente la donazione è riconosciuta come ogni altro istituto di alienazione, come un diritto capace di essere esercitato personalmente, per mandatario in virtù dei principii comuni ad ogni alienazione, non derogati, quanto al mandato, sotto il titolo della donazione. La distinzione tra il diritto di alienare e l'esercizio di questo diritto, escogitata dalla Corte di rinvio a riguardo delle persone capaci, è un errore evi-

dente. A tenore degli articoli 1740 e 1741 del Codice civile italiano tre sono le forme di esplicazione del mandato; il mandato concepito in termini generali, valido soltanto per gli atti di amministrazione quand'anche contenesse clausola illimitata, il mandato speciale costituito per uno o più affari con la sola indicazione della funzione di diritto (vendere, accettare o rinunziare eredità ecc.) ed il mandato generale. L' essenza del mandato speciale sta nella semplice indicazione generica della funzione speciale di diritto l'esecuzione della quale è affidata al mandatario; le *indicazioni specifiche* di persone, di obbietto, di tempo, di luogo rientrano nelle modalità del mandato speciale di competenza esclusiva del mandante. Il mandato specialissimo che da alcuni si cerca di far derivare dalla prima parte dell'art. 1740 è una creazione addirittura, giacchè il Codice italiano nell'art. 1740 attesta chiaramente, a somiglianza di altri Codici, che un mandato non cessa di essere speciale, sol perchè invece di essere relativo ad un solo affare riguardi più affari, per convertirsi in un mandato generale il quale allora è possibile quando si estenda a tutti gli atti, ovvero alla maggior parte degli atti della vita civile del mandante. Il mandato speciale, salve le eccezioni, non deve avere altro requisito per essere tale e valido che la determinazione della funzione giuridica dell'affare, il resto è modalità della funzione. Il mandato generale poi è quello relativo a tutti ovvero alla maggior parte degli atti della vita privata del mandante ed è detto generale, non già perchè espresso in termini generali sì da costituire la forma più semplice del mandato concepito in termini generici, ma perchè si estende come complesso di mandati speciali, definiti nel modo suindicato, alla generalità degli affari del mandante: il mandato generale è dato, ad esempio, per fare mutui, concedere ipoteche, vendere i beni mobili ed immobili, fare transazioni ecc. Ciò posto, se per gli articoli 1740 e 1741 il mandato concesso in termini generali è mandato per amministrare, ed il mandato speciale è quello in cui è indicato in modo generico la specie dell'affare, cioè la funzione

giuridica che si commette al mandatario, rientrando ogni altra indicazione nei limiti del mandato, e se la legge non richiede siffatte indicazioni nel mandato, fuorchè nei casi espressamente dichiarati, segue che anche la donazione denotante alienazione dei beni possa esercitarsi per mezzo del mandato speciale, considerato dalla legge, che esprima in modo generico la facoltà di fare donazioni data dal mandante, il quale solo stabilirà quelle limitazioni che creda circa la persona del donatario, l'oggetto, le circostanze di tempo, di modo, ecc. Non sono sussistenti gli argomenti che si vogliono trarre dal diritto comparato. Nella legge francese il concetto del mandato speciale è riposto semplicemente nell'indicazione della funzione la quale dovrà esercitarsi dal mandatario. Altrettanto è ammesso in Alemagna ed in Inghilterra, essendo il mandato specialissimo richiesto in pochi casi dalla legge espressamente stabiliti. Il Nippel nel *Comm.* al § 1008 dice che il mandato speciale valido per ogni specie di alienazione, salvi i casi diversamente ed espressamente regolati dalla legge, è quello che indica in modo generico l'affare; ed il Foramiti (*Annotazioni al Codice austriaco per il Lombardo-Veneto*) osserva che il mandato, nel quale è indicata soltanto la funzione di diritto permessa, senz'altra specificazione, è mandato illimitato circa il genere d'affari contemplato. Inoltre è facile rendersi ragione delle eccezioni stabilite per le donazioni nel Codice austriaco, dove la libera esplicazione dell'*animus donandi* non è garentita come nel Codice italiano (essendo ivi ammessa la validità della donazione verbale seguìta dalla tradizione della cosa donata, giusta il § 943 e del patto della donazione dei beni futuri fino alla concorrenza della metà giusta il § 944); dove non è prescritta per le procure a donare la forma solenne dell'atto pubblico nel difetto della quale sarebbe stato pericoloso, in conseguenza del diverso sistema di legislazione, ammettere per la procura a donare le norme comuni agli altri negozi giuridici. Lo stesso è a dirsi per tutti gli altri atti che, secondo il § 1008 del Codice austriaco, debbono formare oggetto di mandato specia-

lissimo; altrimenti la rinunzia dei diritti, e certi modi di acquistare e di alienare non ritroverebbero nel Codice austriaco alcuna guarentigia. Nel Codice prussiano non sembra che il mandato intorno a cui qui è disputa si possa differenziare da quello richiesto per gli altri atti più importanti del diritto privato; ad ogni modo, a maggiore conforto della tesi circa la validità del mandato a donare, si potrebbe osservare che nel Cod. ital. non vi ha espressione alcuna la quale accenni al concetto, che il mandato a fare donazioni debba avere requisiti diversi da quelli comuni ad ogni altra specie di mandato per alienare. Il Codice federale svizzero conferma sempre più la validità giuridica del mandato espresso a donare, richiedendo esso per la donazione, considerata come ogni altro atto di álienazione, un mandato della stessa specie di quello richiesto per transigere, vincolare immobili, contrarre obbligazioni, promuovere liti e simili. Tanto sembra evidente, la necessità di un mandato specialissimo riconoscersi solo in alcuni casi tassativamente dalla legge stabiliti che, invece di esigere nel mandato a donare requisiti diversi e maggiori di quelli dalla legge prescritti sotto il titolo del mandato per ogni altra specie di alienazione patrimoniale, parrebbe meno assurda nel silenzio della legge l'opinione, anch'essa incompatibile col sistema del Codice italiano, a tenore della quale rimanesse addirittura esclusa la potestà di donare per mandato. Quando pure dovesse riconoscersi per vero che il concetto del mandato speciale secondo l'antica dottrina sia stato alterato (e non si tratta di alterazione dove l'idea progressiva del diritto ha perfezionato l'istituto giuridico del mandato) dalla scuola francese, ciò significherebbe essere con l'accennata alterazione il mandato passato nel dominio della scuola moderna, dei Codici cioè e della Giurisprudenza. L'art. 1741 capoverso non intende per mandato espresso relativamente alle donazioni un mandato specialissimo, contenente l'indicazione del donatario e dell'oggetto della liberalità; il mandato espresso è l'opposto del tacito, dovendo esso risultare da una dichiarazione di volontà manifestata dalla parola espli-

cita del mandante e non già dal silenzio, dalla tolleranza e da altri fatti che possano fare arguire la volontà del mandante. Nei casi previsti dall'art. 1741 alinea il mandato deve essere il risultato di una dichiarazione formale di volontà del mandante. Circa la prova del mandato, giova notare che essa è relativa all'indole dell'atto che si debba compiere dal mandatario; quindi deve risultare da scrittura il mandato all'atto, per la stipulazione del quale è richiesta la scrittura, e per conseguenza il mandato alla donazione, che è soggetta all'atto pubblico sotto pena di nullità, non potrà risultare che dall'atto pubblico. Ora l'atto pubblico in materia di mandato a fare donazioni risponde appunto al concetto di quel complesso di formalità che dalla legge è richiesto non solo per indurre il mandante donatore a ripensare la gravità del mandato che voglia conferire, ma eziandio per accertare e garentire l'esplicazione vera e schietta della volontà del mandante.

Si esagerano i pericoli, che del resto circondano ogni atto della vita giuridica, ai quali sarebbe esposto il donante ove fosse ammessa la validità del mandato *generico* a fare donazioni. Pure a malgrado dei millantati pericoli il movimento incessante delle nazioni civili segna un continuo progresso negli istituti fiduciari. Ai pericoli potrebbe alla fine opporre impedimento il mandante apponendo al mandato limiti ben definiti, ma se non volle egli limitazioni nell'esercizio del mandato, non vi si potrebbero, nel silenzio della legge, introdurre in disprezzo della volontà di lui. Che se poi il mandatario abusasse della fiducia del mandante, resterebbe sempre il mandante responsabile del fatto proprio, di avere cioè collocata imprudentemente la fiducia in una persona che esso mandante doveva sapere di non meritarla. Non potrebbe impoverire il mandante anche per effetto di un mandato illimitato conferito per vendere o fare mutui ipotecari?

È la tradizione che turba la mente degli oppositori. Decisivamente preoccupa gli avversari la teoria riconosciuta da vieti sistemi (il Codice albertino ne fornisce un esempio negli articoli 1121-1124), i quali oggi

non possono spiegare alcuna efficacia sul sistema novello del Codice civile italiano in vigore dove la donazione è sottratta dall'indagine scrupolosa, imposta per accertare con l'aiuto del magistrato l'intima e segreta volontà del donante. I lavori preparatori del Codice civile attestano i principii razionali e più conformi all'indole dell'istituto giuridico inaugurati dal legislatore italiano.

La donazione oggi ha per base primaria la *voluntas* (*animus donandi*) che attua e ferma il rapporto obbligatorio nelle altre specie di alienazione.

L'esplorazione minuziosa dei moventi morali dell'atto di liberalità è vietata; sia qualsivoglia il movente morale della donazione, esso non deve formare più, non altrimenti che per tutti gli altri negozi giuridici, oggetto d'investigazione. Se dunque una è la volontà che deve presedere negli atti della vita giuridica per creare i rapporti obbligatori, siano qualunque i motivi interni od esterni che la determinano, il trasferimento di questa volontà dalla persona del mandante in quella del mandatario non deve subire a riguardo della donazione modi di specificazione diversi da quelli richiesti per ogni altro negozio giuridico. Si può quindi trasferire nel mandatario la volontà *generica* di fare donazioni, come in lui si trasferisce la volontà *generica* di fare altri atti di alienazione. Non si può istituire paragone in proposito tra il Codice italiano ed il Codice albertino, secondo i principii del quale l'*animus donandi* doveva consistere in una determinazione di volontà *più perfetta* di quella prescritta per la stipulazione degli altri atti della vita civile. L'*animus donandi* non è determinato in ogni caso essenzialmente dalla considerazione della persona del donatario; la considerazione della persona non entra, per esempio, come motivo determinante l'*animus donandi*, nelle donazioni che si facciano per creare ospedali, istituti scientifici ed in genere istituti di pubblica assistenza.

Or chi rilascia un mandato per fare atti di donazione *in genere* afferma implicitamente che la considerazione della persona del donatario non sia quella determi-

nante la sua volontà e che invece altri motivi, altre convenienze o condizioni speciali abbiano determinato il donante a costituire un mandatario per fare donazioni *in genere*. La teoria contraria non è, nè può essere, nel pensiero della legge e si sa che la legge non deve domandare più di quello che sia necessario, spiegando la sua tutela oltre i giusti limiti indicati dallo stato morale e civile del paese. Nè vale il dire che in tal modo la volontà del mandatario si sostituisce a quella del mandante; chè non volendo ciò mettersi in disputa, si deve per certo riconoscere che nella volontà del mandatario risiede tutta la volontà del mandante, dalla quale quella ha avuto causa mediante i poteri rimessi in modo espresso e senza dubbiosità.

Tale è il progressivo svolgimento dell'istituto, il quale nasce dalla necessità di dovere rappresentare nei negozi giuridici la volontà di un terzo traducendola materialmente in atto e finisce con l'esplicazione di una volontà propria in cui si contiene la volontà del mandante per effetto dei poteri dati col mandato. Non dissimile è il concetto giuridico informatore di tutte le istituzioni fiduciarie e delle esplicazioni varie della rappresentanza secondo il diritto positivo italiano.

Ben si potrà dal magistrato di merito nei differenti rincontri, secondo le circostanze, giudicare che non siasi trasferito nel mandatario il potere necessario per scegliere la persona del donatario; ma in punto di diritto, a tenore dei principii, deve ammettersi con tutta la giuridica estensione che il mandato in atto pubblico, cioè nella stessa forma delle donazioni, col quale si abiliti il mandatario *genericamente* a fare atti di donazioni, contenga l'idonea determinazione del donante per una speciale donazione, il trasferimento valido nella persona del mandatario della potestà di scegliere la persona del donatario e la cosa da donarsi. La teoria, accampata col suffragio di reputati scrittori alemanni, che ripone l'*animus donandi* in una positiva determinazione, *declaratio animi*, del donante la quale come tale apparisca chiaramente agli occhi di lui, si riduce ad una semplice questione di fatto quando non si nega

che il mandato a fare donazioni debba contenere la *declarationem animi* del donante, ossia una dichiarazione positiva, chiara e precisa di voler donare. Lo stesso Dernburg, citato dagli oppositori, non esita nel ritenere che il donante possa trasferire astrattamente l'*animus donandi* nella persona del mandatario investendolo del potere di donare *secondo il suo equo criterio* (*Dei diritti privati*, vol. 2°, § 108).

Le parole poi *secondo l'equo criterio* ed altre simili non costituiscono in un mandato a fare donazioni più di un pleonasmo, imperocchè ogni mandato illimitato, essendo fondato nella fiducia completa che il mandante abbia riposto nel mandatario, presuppone il concetto che quest'ultimo agisca nell'esecuzione del mandato con prudenza e con sano criterio moderato dalle circostanze o dalle possibili istruzioni ricevute. Non rileva l'avvertire che l'errore sulla persona del donatario vizia la donazione; l'errore sulla persona nella donazione fatta personalmente dal donante esclude l'*animus donandi*, ma questo principio non ha nulla di comune con l'ipotesi di un mandato a fare donazioni dove il donante, senza considerazione speciale di persona, trasferisca l'*animus donandi* nella persona del mandatario. Neppure dall'art. 1070 si può cavare alcun argomento a sostegno della tesi contraria. Per fermo, stante la varietà immensa delle cose mobili, la legge, ad evitare dubbi od equivoci d'interpretazione, richiede, a pena di nullità, che nelle donazioni di cose mobili sieno specificate le cose stesse e ne sia indicato il valore: nessun dubbio sorge che nell'esecuzione del mandato, la quale è una cosa diversa dal mandato conferito per fare donazioni, si debba ottemperare in riguardo alle donazioni di beni mobili alla disposizione dell' articolo 1070 del Cod. civ., ma da ciò non si può inferire che la legge proibisca il mandato generico a fare donazioni.

Nel riguardo della spontaneità che si richiede nella donazione, si riesce a frantendere l' intenzione della legge italiana (art. 1050 Cod. civ.) che definisce la donazione una *spontanea liberalità*. Queste parole, ripor-

tate nella legale definizione dell'istituto, hanno un triplice significato che risponde a tempi diversi nella storia del diritto. Una volta esprimevano il concetto stesso della L. 82, ff. *de reg. jur. Donari videtur quod nullo jure cogente conceditur;* concetto ben importante sotto alcune legislazioni antiche presso le quali erano ammesse le donazioni obbligatorie (costituzioni dotali, assegni, ecc.) aventi la sostanza se non la forma delle donazioni, ma oggi prive di valore giuridico, non essendo ammesse sotto qualsivoglia forma donazioni obbligatorie. Nel Cod. alb. la definizione della donazione nel senso di spontanea liberalità era destinata a rappresentare un'idea, speciale per la donazione e punto comune agli altri istituti; l'idea cioè, che nel nostro diritto non può avere la stessa importanza essendo mutati i principii del sistema legislativo, di una volontà più perfetta di quella richiesta per gli altri fatti giuridici volontari. Il legislatore italiano ha conservato alla donazione l'attributo di *spontanea liberalità* per esprimere il concetto che la donazione è fondata esclusivamente nella volontà del donante, sia essa determinata da motivi interni o da motivi esteriori, e che la volontà la quale non deve subire indagini nei motivi della sua determinazione è sempre causa di sè stessa nelle donazioni, giuridicamente parlando. Non gioverebbe in fine invocare la teoria dei testamenti. A prescindere dalla considerazione, che il principio di non potersi trasferire in altri la volontà di testare formi l'oggetto di una disposizione speciale di legge (art. 834 del Codice civile) la quale non può essere applicata, essendo di diritto eccezionale e restrittivo della libertà individuale e della libera disponibilità dei beni (art. 4 Disposizioni preliminari e 436 Cod. civ. ital.), a tutto ciò che non è testamento, si deve riflettere che il diritto di testare nella storia e nel sistema del Codice è un diritto *sui generis*, considerato molto diversamente dagli altri diritti. Il testamento costituisce quasi una legislazione domestica; il testamento, che nelle sue origini a Roma si esplicava ad un dipresso come ogni altra funzione legislativa e che formava la base della costi-

tuzione politica dello Stato, non ha cessato mai, neppure negli Stati moderni, di avere influenza sugli ordinamenti politici. Il testamento è tutt'altra cosa che una alienazione dibeni patrimoniali, e la istituzione di erede una volta indispensabile per la validità dei testamenti oggi è presupposta nel silenzio del testatore, essendo più importante nelle successioni testamentarie la trasmissione della personalità giuridica del testatore, anzichè la pura trasmissione dei beni. Del resto i legislatori di ogni tempo si sono reputati autorizzati a regolare il diritto di testare sotto l'aspetto ora di una funzione speciale, ora di una funzione esclusiva di diritto civile. Il legislatore italiano, senza entrare nella disputa se il diritto di testare promanasse dal diritto naturale o dal diritto civile, dichiarava l'esclusiva ed irrefragabile competenza riservata allo Stato per regolarlo nelle sue attinenze con la costituzione della famiglia e con il diritto politico. Eppure, a malgrado della valutazione fatta dal legislatore italiano del diritto di testare siccome un diritto speciale e personalissimo, il legislatore nelle disposizioni che non hanno per obbietto la successione a titolo universale, cioè quella funzione che ha molta attinenza con la costituzione della famiglia, permette secondo certi limiti il diritto di far scegliere al terzo la persona del legatario o le cose legate ai sensi degli articoli 834 capoverso ed 835 del Codice civile. Pertanto se si esigesse nel silenzio della legge ciò che da questa non è domandato per le altre funzioni ordinarie di diritto (l'indicazione necessaria, cioè, della persona del donatario per la validità del mandato generico a fare donazioni) le quali non costituiscono forma di legislazione domestica, trasferendo la personalità del donante per estendersi alla universalità del patrimonio, e sono dalla legge considerate come ogni altro atto di alienazione dei beni patrimoniali o come una funzione di diritto naturale, si verrebbe a richiedere ad arbitrio nel mandato una forma inconciliabile coi principii del diritto moderno italiano.

Qui si potrebbe dar termine alla discussione giuri-

dica dell'argomento in esame essendosi, a prescindere dallo scritto nostro sopraccennato e dalle considerazioni che noi esponiamo anche in altri periodici, data dal distinto avv. Ballerini una risposta bastevole alle obbiezioni messe innanzi dai valenti oppositori della validità del mandato *espresso* a donare. Il Ballerini, necessitato forse dalla ragione del decidere seguìta dalla Corte di appello di Napoli, ha completato la teorica estendendo le sue diligenti ricerche oltre il mandato a donare ritenuto ESPRESSO. Probabilmente per ragione siffatta il Ballerini non si è trattenuto nei precedenti storici del mandato espresso regolato precisamente dal capoverso dell'art. 1741 del Codice civile in vigore, ed in tutto quello che al mandato ritenuto espresso è proprio e particolarmente dicevole. Se mettiamo in disparte il modo particolare secondo il quale considera il Ballerini qualche punto della materia controversa, noi possiamo rimanere con lui appieno d'accordo nelle linee principali della disamina, con riserva solamente per quella forma di mandato non direttamente regolata dall'art. 1741 capoverso del Codice civile e quasi estranea alla controversia primordiale, aggirantesi con preciso riferimento attorno all'alinea del surriferito articolo 1741 del Codice civile italiano al quale il caso giuridico in disamina deve rannodarsi.

La precedente esposizione delle opinioni variamente espresse circa la materia controversa illustra l'argomento, poco comune in verità, in una guisa da rendere soprabbondante una novella discussione dell'opinione da noi favorita. L'acutezza d'ingegno, la robusta dottrina dei valorosi contraddittori (professori, magistrati ed avvocati) hanno pôrto aiuto a moltiplicare meravigliosamente le obbiezioni e le difficoltà opposte alla facile intelligenza della validità giuridica del mandato a donare, retto quasi testualmente dall'art. 1741 capoverso del Cod. civ. ital.; a contendere, con sottigliezza di analisi, mediante una serie di eccezioni e distinzioni le quali per il fatto della loro apparizione meglio comprovano la fallacia della teorica a cui si appoggiano, il campo al *diritto costituito* nell'applicazione della

legge positiva, ma per quello che a noi pare la via larga e maestra della legge e dei moderni principii universali di diritto rimane tuttora aperta all'efficacia del mandato *espresso* a donare.

Del resto a parecchie ingegnose obbiezioni sollevate dagli esimii avversari (fra i quali dobbiamo, in omaggio alla leale e serena discussione scientifica, annoverare anche l'insigne giureconsulto Paoli ed il chiarissimo professore Fusinato) potrà assegnare il giusto valore la storia del *mandato espresso* che forma appunto l'argomento del paragrafo seguente.

§ II.

Il mandato espresso e la tradizione giuridica in esso riposta.

Il mandato si deve annoverare fra i contratti ai quali, stando nei termini della Relazione Vacca, non fu apportata sostanziale innovazione, nel raffronto dei Codici abrogati, per effetto della unificazione legislativa, sia dal Progetto ministeriale che dalla Commissione senatoria. Quanto ai principii direttivi delle obbligazioni in genere e dei contratti in ispecie non fuvvi luogo a profonde e radicali innovazioni; non trattavasi che di esplicare e ribadire meglio taluni principii, emendando qua e là le dubbiezze delle applicazioni. Pure il relatore della Commissione senatoria notava con soddisfazione, che nel progetto ministeriale erasi più fermamente e schiettamente applicato il principio della libertà piena delle convenzioni e dei patti, che costituiscono legge tra i contraenti nè consentono al magistrato la facoltà di variarne o modificarne i termini e gli effetti giuridici.

L'art. 1738 del Codice civile italiano contempla il mandato espresso in opposizione al mandato tacito, all'accettazione tacita la quale può risultare dall'esecuzione che al mandato abbia dato il mandatario. Non si definisce il mandato espresso, risultando alla guisa suesposta manifesto il concetto di esso: d'altra parte in più luoghi del Codice sono riportate le parole *espres-*

samente, *in termini espressi*, con altre locuzioni somiglianti le quali denotano apertamente il pensiero del legislatore. Non è quistione di forma, di solennità, di termini più o meno sacramentali; è una chiara, non equivoca manifestazione di volontà che si desidera a guarentigia della volontà medesima.

Il mandato tacito, che accoglie l'indagine sulla volontà ricavata dalle presunzioni, lascia l'adito alle incertezze ed alle interpretazioni arbitrarie di una volontà per così dire implicita, destinata non di rado a sopraffare nella pratica della vita la volontà reale dei contraenti. Ad evitare nei confini del ragionevole una sopraffazione di volontà il legislatore ha ritrovato nel mandato espresso opportuno il rimedio.

Per un affare o per certi affari solamente il legislatore non scorge l'uopo d'intervenire a tutela del mandante capace di provvedere con la privata diligenza ai propri interessi. In contrario ha rivolto egli con buona ragione la sua attenzione al mandato generale dove, essendo dedotti indeterminatamente e genericamente gli affari tutti del mandante, sorge serio il pericolo di un pregiudizio, non voluto siccome punto previsto, che il mandante ne possa ritrarre. Conferita al mandatario una procura generale per reggere a suo migliore piacimento gli affari tutti del mandante, si presume, in omaggio alla volontà di esso mandante, che il mandatario generale non possa giovarsi della procura in atti i quali oltrepassano il compito riservato ad un semplice amministratore generale.

Il mandato concepito in termini generali non comprende, secondo il dettato dell'art. 1741 del Codice italiano, al quale è perfettamente identica la prima parte del corrispondente articolo 1988 del Codice francese, che gli atti di amministrazione.

Nel silenzio del mandante ha voluto il legislatore impedire l'eccesso del mandatario favorito da una volontà presunta del mandante, opponendo per tutelare i gravi interessi emergenti dalla esecuzione poco provida del mandato la presunzione certa della legge a quella infida o poco sicura risultante da un mandato

concepito in termini generali. Un mandato di simil genere non abilita che ad atti di amministrazione; per volontà della legge esso è incapace di produrre effetti più estesi.

Ma il legislatore non poteva arrestarsi a questo, volendo serbare i limiti appropriati ad una giusta e moderata tutela, non lesiva di quella libertà e volontà individuale che un progredito sistema legislativo mira a proteggere e difendere.

Perciò quando il mandante abbia il proposito di affidare al mandatario il potere di compiere atti di dominio, egli non trova l'impedimento nella legge purchè significhi la sua volontà in termini espressi, determinando chiaramente il potere che voglia trasfuso nel mandatario.

Anche a tale riguardo il legislatore respinge le presunzioni: non basta attribuire al mandatario il potere di compiere atti di una certa natura perchè egli possa reputarsi autorizzato a compiere atti di una natura diversa, quantunque prossimi ai primi per qualche affinità.

Nella specialità del potere, nella facoltà chiaramente attribuita al mandatario per eseguire tutti gli atti appartenenti a determinate categorie della libera disposizione od alienazione dei beni, il legislatore ha riposto la conveniente tutela giuridica della volontà privata, particolare al mandato nel modo di sua manifestazione.

Con queste vedute fu dettato il capoverso dell'articolo 1741 del Codice italiano, che trova riscontro nel corrispondente articolo 1988 del Codice francese così concepito:

" S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque
" autre acte de propriété, le mandat doit être exprès ".

Gl'istituti giuridici hanno una propria storia che in generale è storia del progresso, o dell'*evoluzione* di essi, se si voglia adoperare il linguaggio ora in credito: una storia non priva d'interesse è quella che si riferisce al mandato detto *espresso.*

Il consigliere di Stato Berlier s'incarica d'illustrarla, secondo i termini seguenti, nell'*Esposizione dei motivi della legge sul mandato.*

Il mandatario dovrà contenersi strettamente nei limiti della sua procura. Se il mandato specifichi gli atti che ne sono l'oggetto, questa specifica diverrà la misura precisa delle facoltà conferite dal mandante e tutto ciò che sarà fatto oltre di questo sarà nullo. Non vi ha cosa più semplice nè più facile quanto l'applicazione di questa regola quando sarà indicata dal contratto medesimo, ma come si determinerà il senso e la estensione dei mandati concepiti in termini generali? Fra i diversi modi di costituire tali mandati ve ne sono due che meritavano una particolare attenzione, come più in uso; la facoltà di fare tutto ciò che il mandatario creda conveniente agl'interessi del mandante e quella di fare tutti gli atti che il mandante possa fare per sè medesimo. In materia di proprietà non si deve facilmente presumere, che siasi rimessa la facoltà di disporre, e se siasi voluto è facile di esprimerlo formalmente in modo che la legge possa bene imporne l'obbligazione; solo mezzo per prevenire ogni equivoco ed ovviare alle sorprese od agli errori. Quindi il mandato concepito in termini generali comprenderà i soli atti di amministrazione; se trattisi di alienare, d'ipotecare o di qualche altro atto di proprietà, il mandato dovrà essere espresso.

A siffatto intento corrisponde anche nella lettera il dettato dell'art. 1988 del Codice francese e di tutti quei Codici che, come l'italiano, ne hanno adottato il modello.

Il mandato speciale, sono queste le parole del tribuno Tarrible, riportate nel Rapporto fatto al Tribunato, viene stabilito per l'affare che ne forma l'oggetto.

Era più difficile il determinare l'estensione di cui il mandato generale avrebbe potuto essere capace quando le facoltà non fossero state nominatamente espresse, e questa difficoltà era il soggetto di controversie interminabili tra i giureconsulti. La legge sul mandato mette fine alle difficoltà sul proposito dei mandati generali stabilendo l'ampiezza del mandato generale ed indefinito. Un uomo infatti non affida un mandato generale, che quando una lunga assenza o qualche altra

cagione gl'impedisca di governare da sè stesso i suoi affari. Costui in una tale posizione non si crede di avere avuto in mira di provvedere che alla semplice amministrazione dei medesimi. Presume la legge che se avesse avuto l'intenzione di conferire la facoltà di alienare, d'ipotecare o di fare tutti gli atti di proprietà, non avrebbe tralasciato di esprimere la sua volontà su di oggetti di così alta importanza. Questa interpretazione della legge ha il doppio vantaggio di essere la più *giudiziosa* e di togliere *tutte le incertezze.*

Per non esagerare l'importanza che i lavori preparatori di una legislazione possano assumere nell'interpretazione della legge positiva, diremo che, a norma dell'art. 1988 del Cod. civile francese, non si potrebbe reputare sufficientemente espresso un mandato conferito per fare *tutti gli atti di proprietà;* il testo della legge non ha serbato l'ampia locuzione accennata nel Rapporto al Tribunato ed in conseguenza il mandato in siffatta ipotesi si dovrebbe interpretare restrittivamente.

Dobbiamo intanto riconoscere che anche il Berlier esprime un concetto quasi identico a quello del Tarrible. Nell'esame, rileva il Berlier, della facoltà di fare tutto ciò che il mandatario crederà conveniente agli interessi del mandante o dell'altra di fare *tutti gli atti* che il mandante far potrebbe per sè medesimo, si è osservato, che alcuni giureconsulti hanno compreso l'effetto della prima nei semplici atti di amministrazione ed hanno attribuito alla seconda effetti più estesi, segnatamente la facoltà di disporre della proprietà stessa: si è seguìta nella legge sul mandato questa distinzione, perchè in materia di proprietà non si deve facilmente presumere essersi rimessa la facoltà di disporre.

Che la facoltà si debba rapportare d'ordinario al potere di compiere atti della natura indicata dalla facoltà medesima, anzichè un atto singolo nominatamente riferito, si ricava senza fatica quando si consideri la natura del mandato che racchiude la facoltà espressa.

Nel conferimento di mandati di simil genere è neces-

sario abbandonare al mandante che fa disegni per l'avvenire per la lontananza, una certa latitudine che non tolga i vantaggi, i quali si sperano dal mandato a cui il mandante si appigli. Nei casi più frequenti della vita il mandato generale si oppone alla enumerazione dei singoli atti, i quali riposano spesse volte a riguardo del mandante *in spe* dovendo essere generati, con le particolarità consigliate dalle circostanze diverse, mediante l'avvedutezza e la solerzia del mandatario.

L'imperizia del mandante e l'ignoranza degli avvenimenti futuri, che dormono fra le ginocchia del sommo Giove, sarebbero in frequenti occasioni, se assolutamente le particolarità dell'affare dovessero essere anticipatamente previste e regolate nello stesso mandato, un ostacolo insuperabile al conseguimento dei migliori vantaggi di cui l'istituto giuridico (mandato) è capace.

Alle facoltà riguardate alla stregua succitata si riferiscono i *Rapporti* elaborati sulla legge relativa al mandato e ad esse, non altrimenti considerate, si riferisce il testo della legge positiva concernente il mandato.

Il mandatario nulla può fare, dichiara il tribuno Tarrible, di là di ciò che è contenuto nel mandato; questi sono i limiti nei quali si deve egli circoscrivere. Se oltrepassasse la volontà del mandante, di cui non è che l'organo, non eseguirebbe più il mandato, ma lo violerebbe. Il Progetto di legge sul mandato, dopo avere ricordato questo gran principio, lo rischiara con una applicazione particolare e spiega gli effetti della sua trasgressione. La facoltà di transigere non comprende quella di compromettere.

Queste due facoltà, benchè tendano entrambe a definire una lite, differiscono intanto per alcune gradazioni ch'era utile cosa notare: la prima dà al mandatario l'arbitrio di definire egli stesso la lite giusta quelle condizioni che creda convenienti, la seconda gli lascia quello di sottomettere la lite ad un giudizio di arbitri. Dar fine alla lite col proprio giudizio o col giudizio altrui sono due cose diverse, che il mandatario non può confondere senza cambiare la natura dell'oggetto del mandato.

L'articolo 1989 statuì testualmente come appresso quanto era conseguenza del discorso dell'oratore del Tribunato.

" Le mandataire ne peut rien faire au delà de ce qui " est porté dans son mandat: le pouvoir de transiger " ne renferme pas celui de compromettre ".

Uniforme è il dettato dell'art. 1742 del Cod. italiano.

Il linguaggio energico e reciso del tribuno Bertrand de Greville, che fu uno degli oratori incaricati di presentare il voto del Tribunato sulla legge attenente al mandato, riferma vie più le precitate osservazioni.

Dapprima il Bertrand assegna all'istituto giuridico la sua considerabile importanza. Non è sempre a noi possibile, nota egli, di attendere personalmente ai propri affari, sovente essendone impediti dalla lontananza e riuscendo difficile avvicinarci a quei luoghi in cui debbano trattarsi e conchiudersi; talvolta essendo in sì gran numero da sfuggire alla vigilanza dell'uomo più diligente ed attento. Finalmente una malattia od altri impreveduti ostacoli possono obbligarci a trasmettere ad un altro il diritto di fare, promettere e stipulare in nostro nome.

L'atto che contiene questa trasmissione di facoltà dicesi procura o mandato, ed il suo uso molto frequente nella società attesta tutta la sua importanza ed utilità.

L'articolo 1984 del Codice francese stabilisce così la definizione del mandato.

" Le mandat ou procuration est un act par lequel " une personne donne à une autre le pouvoir de faire " quelche chose pour le mandant et en son nom. Le " contrat ne se forme que par l'acceptation du manda- " taire ".

La trasmissione delle facoltà guardata nel suo inizio e per rapporto al mandante, una delle parti contraenti che ad essa dà principio, si rannoda al concetto giuridico dell'atto; se invece si metta in confronto con l'accettazione del mandatario, che è l'altra parte contraente di cui è necessario il consenso per vedere compiuto il *vinculum juris*, sorge allora il concetto giuridico del contratto.

A quest' ultimo momento meglio si riporta l'articolo 1737 del Cod. italiano nel determinare la definizione del mandato, siccome " un contratto in forza del quale una persona si obbliga gratuitamente o mediante un compenso a compiere un affare per conto di un'altra persona da cui ne ha avuto l'incarico ".

Se si volesse stare alla lettera della definizione racchiusa nell'art. 1737 del Codice italiano, si dovrebbe lamentare nel Codice italiano un'imperfezione notabile di locuzione nel confronto della legge francese sul mandato, presa da esso a modello; mancherebbe nella definizione un elemento essenziale e particolare al mandato, che permette al mandatario di operare per conto ed *in nome* del mandante obbligando di regola, nei limiti del mandato aperto rimesso, il mandante di fronte ai terzi. Ma all'art. 1737 si deve avvicinare l'articolo successivo 1744, senza corrispondenza nel Codice francese, concepito in questi termini:

" Quando il mandatario agisce in suo nome, il man-
" dante non ha azione contro coloro con i quali il man-
" datario ha contratto, nè i medesimi l'hanno contro
" il mandante. In tal caso però il mandatario è diretta-
" mente obbligato verso la persona con cui ha contrat-
" tato, come se l'affare fosse suo proprio ".

Per quanto il mandatario, dichiara il § 1017 del Codice generale austriaco, rappresenta il mandante secondo la portata del mandato, può acquistare diritti ed imporre parimenti obbligazioni al mandante. Perciò, se il mandatario contratta con un terzo serbando i confini del mandato aperto, i diritti e gli obblighi che ne promanano si contraggono dal mandante e dal terzo, non già dal mandatario. Il mandato segreto partecipato al mandatario non spiega efficacia sui diritti del terzo.

Circa le forme del mandato, così le distingue il tribuno Bertrand de Greville. La procura è generale o speciale: se è speciale, il mandato si restringe al solo oggetto che specifica; se è concepita in termini generali, comprende allora tutti gli atti necessari per l'utile amministrazione dei beni del mandante. Il mandatario dunque potrà fare degli affitti, delle riparazioni, con-

venire i debitori ecc., essendo del tutto rassomigliato al *procurator omnium bonorum* della legge romana; egli ne ha tutte le facoltà, ma queste hanno i loro limiti, ed esso li oltrepasserebbe se gli si permettessero alcuni atti di disposizione, come di alienare o ipotecare i beni del mandante. Il Progetto di legge sul mandato vuole che su questo punto le facoltà siano espresse poichè la legge, la quale deve invigilare agl'interessi di tutti, non può consentire, che un uomo esprima in un modo troppo vago e generale il diritto che conferisce ad un altro di prestare del danaro in suo nome e sotto l'ipoteca de' suoi beni; quello di trasmettere a qualcuno la proprietà di tutto o di parte de' suoi stabili e di riceverne il prezzo; insomma, la facoltà di spogliarsi di quanto possiede e la possibilità di consumare la sua rovina. Certamente la grande testimonianza di una fiducia così estesa deve essere scritta nei termini più formali e meno equivoci. La disposizione del Progetto (*mandato espresso*), la quale fa cessare la controversia che vi era riguardo a ciò tra i nostri antichi giureconsulti, è dunque di un'ammirabile saviezza; d'altronde è un avvertimento che dà la legge a coloro i quali la consultano di nulla fare in questo proposito che non sia calcolato sulle regole della previdenza, della prudenza e della riflessione. Di più la sola volontà del mandante (espressa nel mandato) deve servire sempre di regola al mandatario. Costui non potrà dunque far cosa alcuna di là del suo mandato; non potrà compromettere se ha ricevuto la sola facoltà di transigere perciocchè, quantunque questi due atti abbiano fra loro una certa correlazione, nulladimeno il compromesso non annulla la lite, cangiando soltanto e la forma dell'istruzione e i giudici che debbono deciderla; mentre la transazione non lascia orma alcuna di litigio e per mezzo di essa il mandante ha voluto cessare di essere esposto alle inquietudini ed ai pericoli di un giudizio.

Buone e valide abbastanza sembrano a noi le ragioni addotte dall'oratore del Tribunato per mettere in rilievo l'ammirabile saviezza della disposizione relativa al *mandato espresso*.

Troncando nettamente la controversia agitata tra gli antichi giureconsulti sulla estensione del mandato *cum libera* e di quello *sine libera*, il legislatore francese non trasandò l'opinione espressa, fra gli altri, in particolare dal Vinnio, ma volle con criterio perspicace coordinarla alle moltiplicate esigenze della vita civile. Perciò mentre il Vinnio opinava, doversi moderare l'ampio potere appartenente al *procurator omnium bonorum* sotto l'aspetto della pura *ratio administrandi*, il legislatore francese adottò un sistema differente, il quale fu tolto in esempio da parecchi Codici d'Italia e da ultimo dal Codice italiano attualmente in vigore.

Giova brevemente dichiarare il pensiero del legislatore francese. Respingendo la distinzione tra i mandati *cum libera* e quelli *sine libera* introdotta nei mandati *omnium bonorum*, il legislatore francese limitò i mandati concepiti in termini generalissimi ai semplici atti di amministrazione, reputando punto idonei siffatti mandati a produrre le estese conseguenze assegnate ad essi dagli antichi giureconsulti. Ma se il legislatore si fosse ivi posato il provvedimento legislativo avrebbe significato senza dubbio un regresso niente affatto indifferente nel cammino percorso dall'istituto giuridico (mandato); esso invece completò mercè del *mandato espresso* le provvidenze della legge in una guisa da ridare, eliminate le incertezze e le contese derivanti dall'interpretazione arbitraria degl'interpreti, in una maniera più certa ed abbondevole quello che pareva essersi tolto. La pura *ratio administrandi* diventa nel mandato, accompagnato dalla chiara manifestazione di volontà del mandante, *etiam ratio disponendi et distrahendi*. A compimento della storia del *mandato espresso* si deve ora prendere in esame la connessione che intercede tra il mandato *espresso* ed il mandato generale conferito al così detto *procurator omnium bonorum*.

Ulpiano definisce nel modo seguente il procuratore *omnium bonorum*, ed in generale il semplice procuratore nella L. 1 pr., § 1, Dig. *de procurat. et defens.*, 3, 3.

“ Procurator est, qui aliena negotia mandatu domini

" administrat. § 1. Procurator autem vel omnium rerum,
" vel unius rei esse potest, constitutus vel coram, vel
" per nuntium, vel per epistolam, quamvis quidam, ut
" Pomponius libro vicesimo quarto scribit, non putent
" unius rei mandatum suscipientem procuratorem esse;
" sicuti ne is quidem, qui rem perferendam, vel epi-
" stolam, vel nuntium perferendum suscepit, proprie
" procurator appellatur. Sed verius est, eum quoque
" procuratorem esse qui ad unam rem datus sit ".

Nel § 2 della stessa legge è dichiarato l'uso più frequente ed urgente del procuratore.

" Usus autem procuratoris perquam necessarius est,
" ut qui rebus suis ipsi superesse vel nolunt, vel non
" possunt, per alios possint vel agere, vel conveniri ".

Dal surriferito frammento di Ulpiano parecchie cose si apprendono, degne di essere rilevate.

Anzitutto il procuratore, secondo il diritto romano, è costituito per attendere all' amministrazione degli affari appartenenti al proprietario, al *dominus*. La *ratio disponendi* non appare nel concetto primitivo e rigoroso accolto dal diritto romano per rapporto al mandato. Ne seguita con il limite anzidetto la estensione del mandato a tutti i beni del mandante; dovendo il procuratore provvedere all'amministrazione in luogo del *dominus*, è consono alla natura delle cose che diventi esso ben presto *procurator omnium bonorum*. In questo trova conferma l'opinione di taluni, attestata da Pomponio, che non si acquisti la qualità di procuratore con l'assumere l'incarico limitato ad una sola cosa.

Ulpiano contraddice all'opinione succitata, ma giova riflettere che il giureconsulto romano è dominato in preferenza dalla considerazione del procuratore giudiziale. È abbastanza credibile, provvedendo il procuratore estragiudiziale alle bisogne reclamate da una lunga assenza o da altre gravissime cause, che la procura *unius rei* (specialissima secondo un odierno linguaggio giuridico) abbia contribuito soltanto in casi poco frequenti a convalidare siccome eccezione la regola.

Quanto ad una cosa sola soleva piuttosto verificarsi

l'interposizione di una terza persona, anzichè l'intromissione di un procuratore propriamente detto.

Se nella Raccolta giustinianea anche i poeti (Omero, per esempio) prestano la loro autorità alla soluzione delle quistioni giuridiche; noi qui possiamo giovarci dell'autorità di Cicerone, il quale nell'Orazione in difesa di Aulo Cecina definisce con le parole seguenti il *legittimo procuratore.*

" De liberis autem quisquis est, procuratoris nomine " appelletur: non quo omnes sint aut appellentur pro- " curatores, qui negotii nostri aliquid gerant: sed in " hac re, cognita sententia interdicti, verba subtiliter " exquiri omnia noluerunt. Non enim alia causa est " aequitatis in uno servo et in pluribus: non alia ratio " juris in hoc genere dumtaxat, utrum me tuus procu- " rator dejecerit is, qui legitime procurator dicitur " omnium rerum ejus, qui in Italia non sit absitve rei- " publicae causa, quasi quidam poene dominus hoc " est, alieni juris vicarius: an tuus colonus aut vicinus " aut cliens aut libertus aut quivis, qui illam vim de- " jectionemque tuo rogatu aut tuo nomine fecerit ".

Pertanto quando sia dato d'imbattersi nella locuzione *mandatum speciale* appresso dei giureconsulti romani ovvero degli antichi dottori e giureconsulti, non si torturerà la locuzione ridetta per leggere in essa una specializzazione di mandato, la quale non vi è punto compresa.

Il mandato particolareggiato, altrimenti detto specialissimo, quale in taluni atti importanti della vita si richiede oggi dal legislatore, potrebbe solamente, per quanto fosse capace di confronto, riferirsi al mandato *unius rei.*

Al mandato propriamente detto non si dà vita *per nuntium* o *per epistolam:* Pomponio ne dà contezza mentre Ulpiano non ne porge smentita.

La persona estranea, quasi interposta persona, è distinta dalla persona del procuratore, vicario del diritto altrui, che si confonde per dir così con la persona del rappresentato.

Nelle *Istituzioni* di Giustiniano, II, 9, § 5 (*per quas*

pers. nob. acquir.), si legge: “ Ex his itaque apparet
“ per liberos homines, quos neque vestro juri subjectos
“ habetis neque bona fide possidetis, item per alienos
“ servos, in quibus neque usumfructum habetis neque
“ justam possessionem, nulla ex causa vobis acquiri
“ posse. Et hoc est quod dicitur per extraneam perso-
“ nam nihil acquiri posse: excepto eo, quod per liberam
“ personam, veluti per procuratorem, placet non solum
“ scientibus sed etiam ignorantibus (vobis) acquiri pos-
“ sessionem secundum divi Severi constitutionem, et
“ per hanc possessionem etiam dominium, si dominus
“ fuit qui tradidit, vel usucapionem aut longi temporis
“ praescriptionem, si dominus non sit „.

Da alcuni giureconsulti si insegna che la capacità del procuratore ad acquistare per il mandante fu riconosciuta *utilitatis causa*, ma l'insegnamento giova solo a comprovare vie meglio, che in grazia del principio di utilità dominante i rapporti di diritto gl'istituti giuridici acquistarono dal diritto romano un vigoroso sviluppo. L'*aequitas* con tutta la serie di azioni utili date dal diritto pretorio è manifestazione evidente del movimento assiduo ed incessante, sotto l'egida del principio summentovato, della legislazione romana dal rigoroso diritto civile verso il diritto delle genti o dell'*umanità*.

L'eterna giovinezza del diritto romano è assicurata appunto dall'adattamento meraviglioso di quel diritto ai casi multiformi della vita. *Nemo alieno nomine lege agere potest*, sta scritto nel titolo *de diversis regulis juris antiqui* dei Digesti; ma la necessità delle cose venne moderando il rigore del diritto antico e di grado in grado l'uso dei procuratori si moltiplicò dappertutto.

Giustiniano non cessa di rilevare un tal fatto nelle *Istituzioni*, IV, 10 pr. (*de iis per quos agere possumus*), ove si legge:

“ Nunc admonendi sumus agere posse quemlibet ho-
“ minem aut suo nomine aut alieno: alieno veluti pro-
“ curatorio, tutorio, curatorio quum olim in usu fuisset
“ alterius nomine agere non posse, nisi pro populo, pro

" libertate, pro tutela: praeterea lege Hostilia permis-
" sum est furti agere eorum nomine qui apud hostes
" essent, aut reipublicae causa abessent, quive in eorum
" cujus tutela essent. Et quia hoc non minimam incom-
" moditatem habebat, quod alieno nomine neque agere
" neque excipere actionem licebat, coeperunt homines
" per procuratores litigare: nam et morbus et aetas et
" necessaria peregrinatio, itemque aliae multae causae
" saepe hominibus impedimento sunt, quo minus rem
" suam ipsi exequi possint „.

In Gajo leggesi ancora:

" Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem
" ex persona domini sumit, condemnationem autem in
" suam personam convertit „.

Nelle *azioni popolari* non si palesava punto ammissibile la rappresentanza mediante procuratore: pure per effetto dell'*utilità* la regola abbandonò il primitivo rigore come appare dalla L. 42, pr., § 1, Dig. *de procurat. et defens.* 3, 3:

" Licet in popularibus actionibus procurator dari
" non possit, tamen dictum est, merito eum, qui de via
" (vi) publica agit, et privato damno ex prohibitione
" afficitur, quasi privatae actionis dare posse procura-
" torem. Multo magis dabit ad sepulcri violati actionem
" is, ad quem ea res pertinet. § 1. Ad actionem inju-
" riarum ex lege Cornelia procurator dari potest; nam
" etsi pro publica utilitate exercetur, privata tamen
" est „.

Le cose eseguite dal procuratore si reputano fatte dal mandante, purchè il procuratore non abbia mirato a conchiudere un affare proprio: la regola estende la sua efficacia anche nel riguardo del così detto procuratore di Cesare, vale a dir di un procuratore privilegiato, distinto da tutti gli altri.

" Quae acta gestaque sunt a procuratore Caesaris,
" sic ab eo comprobantur, atque si a Caesare gesta
" sunt „. Cf. L. 1 pr., Dig. *de officio procurat. Caes. vel ration.* 1, 19.

Ma la condizione del procuratore anzidetto va interpretata e valutata, per la specialità del suo ufficio, con

norme alquanto più rigorose di quelle dettate a riguardo del comune *procurator omnium bonorum*. A quello era severamente vietato di alienare sia per vendita che per donazione o transazione, essendoglisi imposto il carico di una diligentissima gestione ripudiante qualsiasi distinzione tra la semplice amministrazione e l'amministrazione libera. " Si rem Caesaris procurator ejus " quasi rem propriam tradat, non puto eum dominium " transferre; tunc enim transfert, quum negotium Cae- " saris gerens consensu ipsius tradit. Denique, si ven- " ditionis, vel donationis, vel transactionis causa quid " agat, nihil agit; non enim alienare ei rem Caesaris, sed " diligenter gerere commissum est " (*eod. loc.*, Dig. § 1).

Per quanto riguarda il privato procuratore *omium bonorum*, la contraddizione avvertita dai giureconsulti fra alcune leggi dei Digesti perde gran parte della sua rilevanza, e quasi svanisce, se pongasi mente a qualche clausola speciale inserita, secondo le varie circostanze nella procura generale e si abbia nello stesso tempo il conto convenevole del progredire dell'istituto giuridico.

Senza un'autorizzazione espressa, senza un mandato speciale il procuratore *omnium bonorum* al quale le cose si reputano date in amministrazione non può alienarle, essendogli per la natura del mandato relativo alla mera amministrazione consentito appena di alienare i frutti o le cose soggette ad un facile deperimento.

" Procurator totorum bonorum, cui res administran- " dae mandatae sunt, res domini neque mobiles vel " immobiles neque servos (servus) sine speciali domini " mandatu alienare potest, nisi fructus aut alias res, " quae facili corrumpi possunt ". L. 63, Dig. *de proc. et defens.* 3, 3.

È intelligibile la presunzione, che il procuratore *omnium bonorum* abbia ricevuto in grazia della procura generale il mandato di pagare ai creditori, ma non si presume con pari facilità l'incarico illimitato ad esigere, e sopratutto a permutare le cose affidategli in amministrazione, senza una clausola speciale (la clausola *libera* od altra somigliante) che attesti in qualche modo la volontà del *dominus*.

“ Procurator, cui generaliter libera administratio
“ rerum commissa est, potest exigere (novare), aliud
“ pro alio permutare „. L. 58, Dig. *de procur. et defens.* 3, 3.

Il concetto della libera amministrazione, sviluppato per opera del diritto delle genti, riluce in più frammenti dei Digesti.

“ Nihil autem interest, utrum ipse dominus per se
“ tradat alicui rem, an voluntate ejus aliquis. Qua ra-
“ tione si cui libera negotiorum administratio ab eo,
“ qui peregre proficiscitur, permissa fuerit, et is ex
“ negotiis rem vendiderit et tradiderit, facit eam acci-
“ pientis „. L. 9, § 4, Dig. *de acquir. rer. domin.* 41, 1.

Merita pure considerazione il successivo § 7 della stessa legge:

“ Hoc amplius interdum et in incertam personam
“ collocata voluntas domini transfert rei proprietatem,
“ ut ecce, qui missilia jactat in vulgus; ignorat enim,
“ quid eorum quisque excepturus sit, et tamen, quia
“ vult, quod quisque exceperit, ejus esse, statim eum
“ dominum efficit „.

Si perviene per tal via al punto che per mezzo del mandatario o del tutore si acquista il dominio al mandante ed al pupillo che ne siano affatto ignari.

“ Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo,
“ eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, id est
“ proprietas, acquiritur, etiam ignoranti. § 1. Et tutor
“ pupilli, pupillae, similiter ut procurator, emendo no-
“ mine pupilli, pupillae, proprietatem illi acquirit,
“ etiam ignorantibus „. L. 13, pr., § 1, Dig. *eod. loc.*

La distinzione tra la semplice amministrazione e la amministrazione detta libera emerge con sufficiente evidenza dalle fonti del diritto romano ed appare anche in altri rincontri, dovunque si verifichi parità di ragioni giuridiche od un rapporto di somiglianza, di analogia come nel paragone dei figli di famiglia, dei servi, ecc. Essa non è dunque ardimentosa invenzione degli antichi dottori, i quali, nel raccogliere il retaggio del diritto romano, dettero solamente opera ad aumentarlo in corrispondenza con il progresso del diritto e le no-

velle avanzate esigenze sociali. Essendosi interrotta l'opera solerte ed efficace del pretore romano, i glossatori mirarono a continuare il perfezionamento e l'ulteriore svolgimento dell'istituto giuridico per ricavarne tutta l'utilità possibile; se essi sorpassarono in qualche parte il compito loro riservato, non ci sembra d'altro canto spassionata la guerra acremente mossa contro la loro dottrina, qualificata perfino *atrosa et inanis*.

Il Vinnio non voleva adattarsi alla necessità di un mandato che superasse i confini dell'amministrazione, da lui pure interpretata in modo abbastanza lato; egli non considerava il mandato che alla stregua della pura e rigorosa *ratio administrandi*. Ma al progresso delle idee e degl'istituti giuridici, ai nuovi bisogni della società civile non si resiste senza fatica, e ne apporta certa prova il Vinnio medesimo nella mente del quale la *ratio administrandi* non basta ad impedire tale una estensione dei poteri competenti al procuratore *omnium bonorum*, da pareggiare quasi quella favorita dai glossatori mediante la distinzione agli occhi del Vinnio *suspecta*.

Per quanto il Pothier trovi apparentemente plausibili le ragioni addotte dal Vinnio nel contrastare alla distinzione tra i mandati *cum libera et sine libera* negata pure da altri giureconsulti, non basta a lui l'animo di condannare i dottori; anzi, pur dichiarando non osare di decidere tra l'opinione del Vinnio e quella comune dei dottori, non si astiene egli dall'appoggiare con la sua autorità quest'ultima opinione.

Ecco il linguaggio preciso del Pothier che si riporta dal trattato relativo al mandato.

" Ancorchè si ammetta con il Vinnio che i termini
" impiegati in una procura generale, coi quali è detto
" che il mandante conferisce al suo procuratore la *libera*
" amministrazione dei suoi affari e gli dà un'intera li-
" bertà di fare rapporto ai detti affari tutto ciò che
" crederà conveniente, nulla aggiungono, è però indu-
" bitato potersi con clausole meno vaghe e più precise
" (con una clausola *espressa*, in altri termini, racchiu-
" dente la facoltà, il potere speciale di diritto) esten-

“ dere il potere che ordinariamente contengono le pro-
“ cure generali nello stesso modo che si può anche
“ restringerlo „.

Quando il Vinnio richiede per taluni atti importanti di dominio il *mandatum speciale*, egli non esprime un concetto essenzialmente diverso da quello del Pothier, innanzi riferito.

Sotto il titolo *de procuratoribus et defensoribus* il Voet scrive, presso a poco così, nel suo reputato *Commentario alle Pandette:*

“ Non si deve al postutto ignorare, non potersi ne-
“ gare che molte cose sieno comuni tanto al procura-
“ tore generale *cum libera*, che al procuratore a cui sia
“ stata data l'amministrazione di tutti i beni semplice-
“ mente, senza l'aggiunzione della clausola *cum libera*.
“ E verissimo che l'uno e l'altro siano capaci di ese-
“ guire pagamenti e di riceverne, d'intentare giudizi,
“ di vendere per necessità i frutti ed altre cose facili
“ al deperimento. Ma tutto questo non impedisce di
“ scorgere accanto alle somiglianze certe differenze che
“ non si possono negare. Difatti, il procuratore gene-
“ rale provveduto della clausola *cum libera* può alie-
“ nare non solo (per necessità) le cose facili a corrom-
“ persi, ma ancora qualunque altra cosa e può altresì
“ permutare, vendere, negoziare od agire in altri modi
“ somiglianti a vantaggio del domino mandante, purchè
“ non abbandoni l'animo di amministrare, preferendo
“ nelle alienazioni alla buona fede la frode. Per con-
“ trario il mandatario generale, cui siasi affidata l'am-
“ ministrazione *sine libera*, dovrà uniformarsi alla re-
“ gola che vieta, fatta eccezione dei frutti e delle cose
“ deperibili, di alienare le cose mobili ed immobili
“ senza una clausola espressa per la quale ne sia data
“ la facoltà. Il procuratore *cum libera* può sottoporre
“ a pegno le cose del domino mandante, sotto la veduta
“ dell'utilità di esso mandante e con la buona fede; nel
“ procuratore *sine libera* potrà riconoscersi la potestà
“ di sottoporre a pegno, quante volte abbia ricevuto
“ l'amministrazione generale di tutti i beni da persona
“ solita a prendere denaro a mutuo con il vincolo del

" pegno. Il procuratore *cum libera*, a differenza del
" procuratore *sine libera*, può deferire il giuramento
" ed anche transigere con la buona fede mentre il giu-
" ramento tiene il luogo di una transazione; la facoltà
" di transigere non compete al procuratore *sine libera*.
" In conclusione, data al mandatario la libera ammini-
" strazione, esso è abilitato a fare quasi tutti gli atti
" che potrebbe fare la persona del domino mandante,
" per guisa che si debba in lui riconoscere la facoltà di
" alienare le cose appartenenti al domino e di trasfe-
" rirne efficacemente il dominio in un'altra persona che
" lo riceva, potendo egli ciò praticare non solamente
" sotto il rapporto di un'urgente necessità, ma anche
" dell'utilità riservata al domino mandante. La sola
" facoltà di donare non si potrebbe riconoscere nel
" procuratore *totorum bonorum cum libera*, significando
" il donare piuttosto perdere, che amministrare ".

Adunque secondo il giudizio del Voet, al mandatario generale *cum libera* non è necessaria veruna clausola espressa, potendo esso fare in ordine ai beni, per effetto della libera amministrazione a lui concessa, quasi tutti gli atti permessi al mandante; soltanto per donare parrebbe indispensabile al mandatario generale l'analoga clausola espressa che attestasse preventivamente l'autorizzazione del mandante. In una parola la clausola espressa, quasi superflua a riguardo delle altre facoltà di diritto, è necessaria per la facoltà di donare, ossia circa il potere speciale di diritto da esplicarsi per il mandatario generale con tutta la giuridica efficacia.

Ad una conclusione somigliante perviene lo stesso Vinnio, percorrendo, in grazia delle risorse del suo ingegno e di un robusto intelletto, un cammino alquanto diverso per non dipartirsi troppo dal concetto fondamentale dell'amministrazione, che egli predilige nel mandato.

Nel capo 9, lib. 1° della sua raccolta di *Quistioni scelte di diritto*, il Vinnio esamina particolarmente l'argomento sotto il titolo: *An vulgaris distinctio procuratoris universorum bonorum in simpliciter et cum libera ex ratione juris nostri defendi possit?*

Riferiamo in compendio il ragionamento del Vinnio che è del tenore seguente. Di solito si domanda se il mandato generale basti ad autorizzare efficacemente il mandatario, *cui universorum bonorum administratio permissa est*, ad alienare e trasferire in altri, secondo il suo migliore giudizio e piacimento, qualsiasi cosa pertinente all'amministrazione a lui data. Gli antichi dottori distinguono in questo il procuratore *cum libera* dal procuratore *sine libera*, al quale cioè siasi assegnata puramente e semplicemente l'amministrazione dei beni, e ne traggono la conclusione, che al procuratore *cum libera* competa illimitata la facoltà di alienare, *jus alienandi*, finchè non si eserciti con intento di liberalità, *animo donandi;* laddove al procuratore *sine libera* si appartiene soltanto il diritto di alienare i frutti e le altre cose soggette a guastarsi. La distinzione summentovata non può accogliersi con facilità e senza sospetto o diffidenza. In verità, per quanto attiene all'uso lecito della cosa altrui, sembra doversi valutare alla medesima stregua la potestà di entrambi i procuratori e le limitazioni ad essa appropriate. L'essersi affidata la pura amministrazione, *sine libera*, non vieta che l'amministrazione stessa si reputi liberamente concessa con ampie facoltà, non altrimenti che se le cose singole siansi per avventura determinate e specificate nel mandato, *si specialiter de singulis mandatum sit;* ma nel mandato generale *totorum bonorum* non si possono reputare compresi la donazione, la manumissione, il vincolo pignoratizio della cosa appartenente al mandante e qualunque abbandono, qualunque alienazione delle ragioni e dei diritti di lui contraddetta dalla finalità dell'amministrazione. Il procuratore *omnium bonorum sine libera* eseguirà validamente tutto ciò che richieda l'amministrazione degli affari del mandante, *ratio administrandi*, e la clausola *cum libera*, riportata per avventura nella procura, non immuterà gli effetti del mandato: *liberrima administratio, administratio tamen est, nihil amplius.* Il procuratore *omnium bonorum*, *cum libera* o *sine libera*, si uniformerà all'incarico ricevuto facendo tutte quelle cose che *conditio et ratio*

administrationis flagitet. Nessuna buona ragione impedisce poi che il mandato si conceda in guisa che, dopo la clausola generale per l'amministrazione di tutti i beni del mandante, vengano enunciati espressamente (*specialiter*) quei poteri e quelle facoltà che in caso diverso si reputerebbero non dati, ossivvero contenuti in confini meno estesi. La L. 60, Dig. *mandati vel contra* 17, 1 ne fornisce un esempio.

All'argomento meglio si riferisce il § 4 della citata legge che giova qui trascrivere:

" Lucius Titius fratris filio commisit rerum suarum " administrationem ita: Sejo filio suo S. Ego quidem " secundum naturam esse existimo pro patre et patris " filiis negotiari sine aliqua concessionis inquisitione; " si autem necessitas alicujus talis erit, concedo tibi " de omnibus meis, ut vis, negotiari, sive vendere vis, " sive pacisci, sive emere, sive quodcumque operari, " ut domino omnium meorum, me omnia firma esse a " te facta existimante, et non contrarium dicente tibi " ad ullam operationem; quaesitum est, si quid non " administrandi animo sed fraudolenter alienasset, vel " mandasset (vendidisset), an valeret? Respondi, eum, " de quo quaereretur, plene quidem, sed quatenus res " ex fide agenda esset, mandasse. Item quaero, an, quum " Sejus magistratu functus debitor extitisset, Lucius " Titius eo nomine conveniri posset, vel res ejus obli- " gatae essent propter verba epistolae suprascripta? " Respondi, neque conveniri posse, neque res obligatas " esse ".

Non ci maraviglierebbe che il passo surriferito della legge romana si giudicasse una *interpolazione* e fosse variamente interpretato; si sa bene il numero sempre crescente, sopratutto oggi nel rifiorire degli studi di diritto romano, delle interpolazioni ed interpretazioni, più o meno fondate e sussistenti, anche attorno ad una voce od a semplici particelle grammaticali.

Di certo la raccolta dei frammenti di diritto romano promossa da Giustiniano non fu condotta a termine, seguendosi assolutamente le orme del primitivo rigoroso diritto romano, senza il convenevole riguardo al

progresso del diritto e degl'istituti giuridici ed alle innovazioni feconde introdotte mercè dell'*aequitas* dal diritto pretorio; ma è probabile parimenti che doveva ai tempi di un Triboniano riuscire più agevole la determinazione degli elementi essenziali e particolari agl'istituti giuridici, separati dal diritto e dai tempi successivi per un più lungo intervallo di tempo e per stato di civiltà vie più difforme. Non di rado gli antichi scrittori, lo stesso Pothier, ed eziandio gli *homines novi* che attesero alla codificazione civile francese evocavano il diritto romano in appoggio di idee e d'istituti giuridici estranei a quel diritto, o sostanzialmente mutati nel confronto di esso per conformarsi ai novelli bisogni della vita ed alle aumentate esigenze sociali.

Fra il diritto primitivo di Roma che prescriveva l'intervento personale obbligatorio del cittadino davanti il popolo convocato nei comizi per solennizzare e ratificare gli atti più importanti della vita, tra un diritto che nell'adempimento delle formole sacramentali ritrovava la volontà idonea, *etsi coacta*, a fermare i rapporti giuridici, ed il diritto dei tempi presenti che attua nel modo più ampio il principio della rappresentanza giuridica sembra quasi impossibile il paragone. Perciò non la parte transitoria e caduca del diritto romano, legislazione morta per così dire, ma la *ragione eterna* di esso, scolpita nell'opera instancabile ed eminentemente *umana* del pretore, si può solamente adottare, con la convenevole prudenza, ai novelli rapporti della vita.

Il mandato relativo ad una sola cosa, definito *mandatum unius rei* dai giureconsulti romani, corrisponde al *mandatum de singulis*, ricordato dagli antichi dottori e dal Vinnio. Il mandato *espresso* introdotto dal Codice Napoleone denota quasi la sanzione legale del *mandatum speciale* secondo il significato giuridico attribuito ad esso dai dottori e dal Vinnio. Il mandato *espresso* rappresenta nella legge positiva l'equivalente della clausola speciale, richiesta dall'antica dottrina, con il *nomen juris* di *mandatum speciale*, per poche importanti facoltà di diritto sottratte al mandatario generale non munito della clausola espressa o speciale.

Anche il giureconsulto romano insegna mediante la L. 60, Dig. 17, 1, riportata innanzi, che se alcuno dalla necessità sia consigliato a concedere un ampio mandato pure per vendere, per contrattare, per comprare, per eseguire qualsiasi altra cosa, il mandato conseguirà per ogni cosa la piena giuridica efficacia quante volte non sopravvenga la mala fede.

Non è dunque esatta l'affermazione, che il legislatore francese e quindi il legislatore italiano, il quale ne seguitò l'esempio, abbiano perturbato tumultuariamente, in grazia dell'introduzione nei Codici del mandato *espresso* e della definizione legale del mandato *speciale* giusta il dettato degli articoli 1987 del Codice francese e 1740 del Codice italiano, lo stato preesistente del diritto e della dottrina giuridica. Per eliminare le antiche controversie circa l'intima volontà del mandante, il legislatore francese, imitato in questo dal nostro, negò con la prima parte dell'art. 1988 (corrispondente alla prima parte dell'art. 1741 del Cod. italiano) qualsiasi efficacia alla clausola indeterminata *cum libera*, e similmente in conseguenza negò parte dell'estensione dal Vinnio ancora assegnata ai mandati concepiti in termini generali, *cum libera* o *sine libera* indistintamente. Ma mentre in siffatto modo il legislatore poneva un termine ad una vecchia disputa intorno all'efficacia della clausola *cum libera* inserita nelle procure generali *totorum bonorum*, volle d'altra parte abilitare il mandante, mercè della clausola espressa a spogliarsi, secondo la propria opportunità, di alcune o di tutte le facoltà di diritto dipendenti dal *jus alienandi*, dal potere illimitato di disposizione dei beni riservato, fuori della circostanza della clausola espressa, esclusivamente al domino mandante. Così il concetto esposto dal Vinnio, tenuto per una parte in conto da una precisa determinazione della legge francese, venne per il rimanente perfezionato alla stregua della *ratio disponendi et distraendi*, esplicitamente inclusa nella legge sul mandato per opera del così detto *mandato espresso*.

In conclusione: ammetteremmo che anche nell'at-

tuazione del mandato *espresso* si ricercasse la buona fede del mandatario per ben determinare la responsabilità legale di lui; ma la buona fede non dovrebbe mica confondersi con l'utilità esclusiva del mandante e meno ancora con una utilità puramente materiale. Unicamente si potrebbe concedere con l'Accursio, che la responsabilità colposa o dolosa del mandatario crescesse con l'estensione dei poteri dati ad esso, dovendo la perfetta buona fede rinvenirsi di rigore in tutti gli atti praticati dal mandatario nell'esecuzione del mandato.